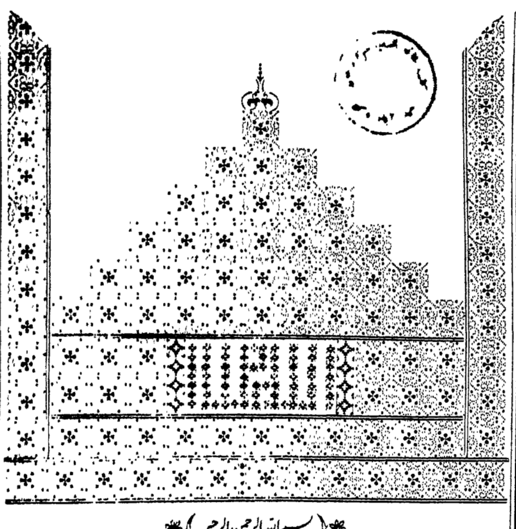


الجزء السادس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل تغمد الله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر
سنة ١٣١٥
هجريه
(بالقسم الادبي)



﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الاضحية﴾

وهى اسم لما يضحى به كالاروية وهى الانثى من الوعول وتجمع على أضاحى بالتشديد على أفاعيل كالاراوى فى جمع الاروية ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال أضحاة وتجمع على أضحى كارطاة وأرطى وهى فى الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص عند وجود شرائطها وسببها وشرائطها الاسلام والوقت واليسار الذى يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح مايجوز ذبحه اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفى الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصرف فى اللحم يكون تمليكا واباحة قال رحمه الله (تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة يوم النحر الى آخر أيامه) وفى الجوامع عن أبى يوسف انها سنة وهو قول الشافعى وذكر الطحاوى انها سنة مؤكدة على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهكذا ذكره بعضهم أيضا ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم هلال ذى الحجة وأراد أحدكم أن يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وأبو داود وأحمد وجماعة أخر والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان فى العبادة المالية فصار كالعتيرة ووجه الوجوب

أورد الاضحية بعد الذبح لما فيهما من الذبح الا أن الذبح عم من الاضحية والخصوص يكون بعد العموم اه وكتب مانصه قال فى المصباح المنير والاضحية فيها لغات ضم الهمزة فى الاكثر وهى فى تقدير أفعولة وكسرها اتباعا لكسرة الحاء والجمع أضاحى والثالثة ضحية والجمع ضحايا مثل عطية وعطايا والرابعة أضحاة بفتح الهمزة والجمع أضحى مثل أرطاة وأرطى ومنه عيد الاضحى والاضحى مؤنثة وقد تذكر ذهابا الى اليوم قاله الفراء وضحى تضحية اذا ذبح الاضحية وقت الضحى هذا أصله ثم كثر حتى قيل ضحى فى أى وقت كان من أيام التشريق ويتعدى بالحرف فيقال ضحيت بشاة اه وقال فى المغرب ويقال ضحى بكبش أو غيره اذا ذبحه وقت الضحى من أيام الاضاحى ثم كثر ذلك ولو ذبح آخر النهار ومن قال هى من التضحية بمعنى الرفق فقد أبعد اه قوله وهى فى تقدير أفعولة قال العينى وهى على وزن أفعلة اه يعنى وزنها الآن أفعلة ووزنها الاصل أفعولة كما قال فى المصباح فأعل واعلاله ظاهر اه (قوله وهى الانثى من الوعول) الوعل قال ابن فارس هو ذكر الاروى وهو الشاة الجبلية اه مصباح (قوله وفى الجوامع) قال الاتقانى والجوامع اسم كتاب فى الفقه صنفه أبو يوسف اه (قوله فصار كالعتيرة) قال الجوهرى والعتر أيضا العتيرة وهى شاة كانوا يذبحونها فى رجب لآلهتهم مثال ذبح وذبيحة

قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عليه الصلاة والسلام أمر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر للوجوب فلولا أنها واجبة لما وجب اعادتها ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص ويحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر الى جنس المكلفين لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه ألا ترى أن الصوم يجوز فى سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة تجوز فى كل يوم والمسمى بيوم الجمعة يوم واحد ولان الاضافة الى الوقت لا تتحقق الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت واجبة وانما لا تجب على المسافر لان أداءها يختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضى الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما روى ما هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع فى المباح والعتيرة منسوخة وهى شاة كانت تذبح فى رجب فى ابتداء الاسلام والاضحية ليست بمنسوخة وانما اشترط فيها الحرية لانها قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر والاسلام لان القربة لا تتأدى الا من المسلم والاقامة لما بينا واليسار لما روينا ولان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغنى دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر والوقت وهو أيام النحر لانها مختصة بها على ما بينا فيشترط أن يكون غنيا فى أيام النحر ولو كان فقيرا فأيسر فيها تجب لانه أدرك وقتها وهو غنى لان الموجود فى بعض الوقت كالموجود فى أوله وقيل لا تجب عليه لان الوجوب يتعلق بطلوع الفجر فالفقير ليس من أهله فجعله فى هذه الرواية نظير صدقة الفطر وقوله عن نفسه لانه أصل فى الوجوب عليه وقوله لا عن طفله أى لا تجب عليه عن أولاده الصغار لانها قربة محضة والاصل فى العبادات أن لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها رأس يمونه ويلى عليه وهذا المعنى يتحقق فى حق الولد فى صدقة الفطر دون الاضحية ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير لانه فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر ثم على هذه الرواية لو ولد له ولد فى أيام النحر فعلى الروايتين المذكورتين فى اليسار فيها والاول ظاهر الرواية وقد بينا وجهه وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد وزفر والشافعى يضحى عنه من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف فى الاضحية كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير فى قولهم جميعا ولان الاراقة اتلاف والاب لا يملك فى مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق به ولا يمكن الصغير أن يأكل اللحم كله والاصح أنه يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية وفى الكافى الاصح أنه لا يجب ذلك وليس للاب أن يفعله من ماله أى من مال الصغير وقوله شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس أن لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهى لا تتجزأ الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه أولى ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فيبقى على الاصل وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج من أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة

ما يجب بذبح ذا وذا من غنمه فاذا وجب ضاقت نفسه عن ذلك فيعتر بدل الغنم ظباء اه وقال الاتقانى نقلا عن المغرب والعتيرة ذبيحة كانت تذبح فى رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون فى صدر الاسلام فنسخت اه (قوله يختص بأسباب تشق على المسافر) مثل تحصيل شاة تجوز فى الاضحية ورعاية فراغ الامام اه (قوله لانه غير مخير اجماعا) فلم يدل القصد على نفى الوجوب كقوله عليه الصلاة والسلام من أراد منكم الجمعة فليغتسل أى من قصد ولم يرد به التخيير اه غاية (قوله أى من مال الصغير) فان فعل الاب لا يضمن فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعليه الفتوى ويضمن فى قول محمد وزفر وان فعل الوصى يضمن فى قول محمد وزفر واختلف المشايخ فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف قال بعضهم لا يضمن كما لا يضمن الاب وقال بعضهم ان كان الصبى يأكل لا يضمن والا يضمن اه قاضيخان وكتب ما نصه قال فى الظهيرية وفى الوصى اختلاف المشايخ بعضهم قالوا ان كان الصبى يأكل فلا ضمان على الوصى وان كان لا يأكل فعليه الضمان ومنهم من قال لا ضمان على الوصى على كل حال وعليه الفتوى اه (قوله وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع) أى لا تجوز من صاحب الكثير كما لا تجوز من صاحب القليل كما اذا مات الرجل وخلف امرأة وابنا وترك بقرة فضحيا

على ما بيناه في الهدي وقال مالك تجوز الواحدة عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله صلى الله عليه وسلم على أهل كل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه يؤيده ما روي على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لان نصف السبع يكون تبعا للثلاثة الاسباع واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزأه استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفي الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ولا يشتري حتى يجتمعوا فيقدر ما يريده من الشركاء ليخرج من الخلاف وعن صورة الرجوع وعن أبي حنيفة مثل قول زفر قال رحمه الله (ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره) أي لا يجوز لاهل المصر أن يذبحوا الاضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد يوم الاضحى وذبح غيره أي غير أهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلي الامام صلاة العيد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية قالوا هذا في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل بها عنها فلا معنى للتأخير في حق من ليس عليه صلاة وهو حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما أخرت الى ما بعد الصلاة في المصر لما ذكرنا وهذا لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الاداء مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق بالذمة والمال ليس بمحل لها ولهذا لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وان كان على العكس فعلى القياس والاستحسان وقيل يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في صلاة العيد الخروج الى الجبانة فكان أصلا والآخر كالخلف عنه ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز [illegible] الحسن ولو لم يصل الامام العيد في اليوم الاول أخروا التضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا تجزئهم التضحية ما لم يصل الامام العيد في اليوم الاول الا بعد الزوال فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني لا تجزئهم قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون أن يصلي الامام فحينئذ تجزئهم قبل الزوال هكذا ذكر في المحيط وذكر فيه أيضا أن التضحية في الغد أو بعد الغد تجوز قبل الزوال لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الاول والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا في حق التضحية وقال هكذا ذكره القدوري في شرحه ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة الا الامام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغا فجعلناه عذرا في جواز التضحية بخبر بالجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال يصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم لان البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام أنه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجميع

لم تجز عنهما أصلا لان نصيب المرأة أقل من السبع اه غاية (قوله يكون تبعا للثلاثة الاسباع) وقال بعضهم لا تجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا صار لحما صار الباقي لحما اه (قوله في المتن ولا ذبح مصري الخ) لم يذكر شرح قوله لفجر يوم النحر الى آخر أيامه اه (قوله والمعتبر في ذلك مكان الاضحية) أي لا مكان المالك اه (قوله والاستحسان) أي يجوز استحسانا لا قياسا اه (قوله ولو ذبح بعد ما قعد الامام الخ) قال في الجوهرة فاذا ذبح بعد ما قعد الامام مقدار التشهد جاز اه

المسلمين بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة لانه لا يتعذر التحرز عن مثله و وقتها ثلاثة أيام أولها أفضلها يروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير لان الرأي لا يهتدي اليه فيحمل عليه وانما كان أولها أفضل لان فيه مسارعة الى الخير ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة وأيام النحر ثلاثة أيام وأيام التشريق أيضا ثلاثة والكل يمضي بأربعة أيام أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا وهي واجبة عند البعض وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي أفضل ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكانت أفضل ونظيره الطواف للآفاقي أفضل من الصلاة لانه بالرجوع يفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه أفضل لانها خير موضوع ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر وكان غنيا وجب عليه أن يتصدق بالقيمة سواء كان اشترى أو لم يشتر لانها واجبة في ذمته فلا يخرج عن العهدة الا بالاداء كالجمعة تقضي ظهرا والصوم بعد العجز فدية وان كان فقيرا فان كان اشترى الاضحية أو أوجب على نفسه بالنذر وجب عليه أن يتصدق بذلك الذي أوجبه أو اشتراه لانها تعينت بالشراء بنية الاضحية أو بالنذر فلا يجزئه غيرها الا اذا كان قدر قيمتها بخلاف الغني لان الاضحية واجبة في ذمته فيجزئه التصدق بالشاة عنه أو بقيمتها ولا يجب عليه أكثر من ذلك الا اذا التزم التضحية بالنذر وعنى به غير الواجب في ذمته فحينئذ يجب عليه أن يتصدق بالمنذور كما بينا في حق الفقير مع الواجب الذي في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار وكذا اذا أطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه وان أراد به الواجب بسبب الغنى لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب والايجاب ينصرف الى غير الواجب ظاهرا ولكن يحتمل الصرف الى الواجب تأكيدا له ونظيره النذر بالحج وعليه حجة الاسلام فانه يلزمه حجة أخرى الا اذا عنى به ما هو الواجب عليه قال رحمه الله (ويضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا قال رحمه الله (والخصي) وعن أبي حنيفة هو أولى لان لحمه أطيب وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوأين الاملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي يشقه شعيرات سود وهي من لون الملح والموجوء الخصي والوجاء هو أن يضرب عروق الخصية بشيء قال رحمه الله (والثولاء) وهي المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف بان كانت سمينة ولا يمنعها من السوم والرعي وان كان يمنعها منه لا يجزئه والجرباء ان كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لانه لا يخل بالمقصود قال رحمه الله (لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء) أي التي لا تمشي الى المنسك أي المذبح لما روي عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال أربع لا تجوز في الاضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء البين ظلعها والكبيرة التي لا تنقي رواه أبو داود والنسائي وجماعة أخر وصححه الترمذي قال رحمه الله (ومقطوع أكثر الاذن أو الذنب أو العين أو الالية) لقول علي رضي الله عنه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة قطع من مقدم أذنها والمدابرة قطع من مؤخر أذنها والشرقاء أن يكون الخرق في أذنها طولا والخرقاء أن يكون عرضا وان بقي أكثر الاذن جاز وكذا أكثر الذنب لان للاكثر

(قوله ويجوز الذبح في لياليها) وقال مالك لا يجوز الذبح في الليل اهـ (قوله ولكن يحتمل الصرف الخ) [illegible] اشترى شاة يريد أضحية في ضميره ففي ظاهر المذهب لا تصير أضحية حتى يوجبها بلسانه لكن المذهب والفتوى على أن ينظر ان كان المشتري غنيا لا يصير واجبا في الروايات كلها لانها واجبة في ذمته فلا يحتاج الى التعيين وان كان فقيرا (ه) ففي ظاهر الرواية يجب أن يتعين بالعقد فان وهب له أو تصدق عليه فنوى بقلبه لا تصير أضحية بالاجماع لان العقد لا يصلح للتعيين في الايجاب وكذا لو كانت الشاة عنده فأضمر بقلبه الاضحية لا تصير أضحية بالاجماع ثم في كل موضع تصير أضحية لا ينبغي أن يبيعها لان الاضحية لا تباع فان باعها قبل مضي أيام النحر أو بعد مضيها انفذ البيع وتصدق بقيمتها عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا ينفذ البيع ولا الهبة بل يتصدق لانها بمنزلة الوقف عنده الا في خصلة واحدة عنده وهي أن يموت قبل أن يقضي حجه وعمرته فكذا هنا اهـ (قوله يشقه) كذا عبرة المغرب اهـ (قوله والموجوء الخصي) سيجيء في كلام الشارح في الكراهية أيضا ان الموجوء هو الخصي (قوله هو أن يضرب عروق الخصية بشيء) قلت الخصي منزوع الخصيتين والموجوء الذي يلوي عروق الخصية فيصير كالخصي اهـ عيني (قوله في المتن لا بالعمياء والعوراء والعجفاء الخ) و الجدعاء وهي مقطوعة الانف اهـ مناسك الكرماني (قوله وان لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة) قال في المصباح والمقابلة على صيغة المفعول الشاة التي قطع من أذنها قطعة ولم تبن وتبقى معلقة من قدم فان كانت من أخر فهي المدابرة وقدم بضمتين بمعنى المقدم وأخر بضمتين أيضا بمعنى المؤخر اهـ (قوله ولا شرقاء) قال الكرماني وتجوز الشرقاء وهي مشقوقة الاذن طولا وكذا المقابلة وهي التي شقت أذناها من قبل وجهها وهي متدلية وكذا المدابرة وهي التي شقت أذناها من خلفها وكذا التي على أذنها كي أو سمة اهـ

حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكل ويروى أن ذهاب الثلث مانع لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة قال قولي قولك قيل هو رجوع الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما وتأويل ما روينا اذا كان بعض الاذن مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير ذهاب شئ من الاذن لا يمنع ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا يشد عينها المعيبة بعد أن جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته في موضع علم ذلك الموضع ثم يشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان علم عليه ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر والهتماء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه انه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز وان كان صغيرا يجوز ولا تجوز الجلالة وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الجداء وهي التي يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه أن يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزئه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء والفقير ليس عليه واجب شرعا فتعينت بشرائه بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فأشبهت نصاب الزكاة وعن أبي سعيد أنه قال اشتريت كبشا أضحي به فعدا الذئب فأخذ الالية قال فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال ضح به رواه أحمد ويحمل على أنه كان فقيرا لان الغني لا يجزئه

(قوله وعن أبي حنيفة الخ) قال في المجمع وقطع ربعها أو ثلثها أو الزائد عليه أو على النصف وبه قالا مانع اه قال الولوالجي رحمه الله لا يضر الشق في الاذن لان الفائت بالشق ثلث أو أقل وانه غير مانع من الجواز وأصل هذا أن الاذن أو العين الواحدة أو الالية أو ما أشبه ذلك اذا فات كله لا تجوز الاضحية واذا فات بعضه ان كان الفائت كثيرا لا تجوز الاضحية وان كان الفائت قليلا تجوز تكلموا في حد الكثير الزيادة على النصف في حد الكثرة بالاجماع وأما النصف فعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في ظاهر الرواية عنهما انه في حد الكثرة وان كان أقل من النصف لكن أكثر من الثلث اتفقت الروايات عن أبي يوسف ومحمد أنه في حد القلة واتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد الكثرة وان كان الفائت أقل من الثلث اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد القلة الا في رواية عنه أن الربع في حد الكثرة وان كان الفائت الثلث اختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله ذكر في ظاهر الرواية انه في حد القلة وروى عنه انه في حد الكثرة ولا فقه فيه سوى أن الشرع جعل ما زاد على الثلث في باب الوصية كثيرا لقوله عليه الصلاة والسلام للذي سأله عن الوصية بجميع المال قال الثلث والثلث كثير هذا في العين والاذن والالية والضرع اه وقال في فتاوى قاضيخان ولا تجوز المريضة البين مرضها في الاضحية ولا التي يبس ضرعها أو قطع ضرعها فان ذهب بعض ضرعها فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الاذن والعين والالية اذا كان الذاهب أكثر من الثلث وأقل من النصف لا يجوز في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد إذا كان الذاهب أقل من النصف جاز وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وان كان الذاهب نصفا فعن أبي يوسف فيه روايتان والصحيح أن الثلث وما دونه قليل وما زاد عليه كثير وعليه الفتوى اه وقال في الجوهرة والاظهر أن عند أبي حنيفة أن الثلث في حد القليل وما زاد عليه في حد الكثير اه وقال الكرماني في مناسكه فان كان الفائت من العين الواحدة أو الاذن الواحدة الثلث أو الاقل جاز عند أبي حنيفة وان كان أكثر منه لا يجوز وهو الاصح اه (قوله والهتماء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها) أي سواء اعتلفت أو لم تعتلف لان الاسنان بمنزلة الاذنين على ما ذكرنا وفي رواية تجوز اذا كانت تعتلف وهو الاصح لانها حينئذ صارت بمنزلة الصحيحة كذا في مناسك الكرماني وفي المجمع ويضحى بالجماء والخصي والثولاء والهتماء التي تعتلف اه (قوله والسكاء وهي التي لا أذن لها الخ) لانه فات عنه عضو كامل اه مناسك الكرماني (قوله وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها) ويجيء منه ريح منتن ولا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها بل تحبس حتى يطيب ويذهب نتنها اه كرماني (قوله ولا الجداء) الجداء بالجيم ما لا لبن لها من كل حلوبة لآفة أيبست ضرعها والجداء من النساء صغيرة الثدي اه نهاية ابن الاثير * فرع ولا يضحى بالخنثى لانه لا يمكن انضاج لحمها هكذا كان يحكي والدي عن الشيخ ظهير الدين المرغيناني ومن المشايخ من يذكر في هذا الفصل أصلا ويقول كل عيب يزيل المنفعة على الكمال أو الجمال على الكمال يمنع وما لا يكون بهذه الصفة لا يمنع اه ظهيرية

لوجوبها

وجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء في حقه حتى لو أوجب الفقير أضحية على نفسه بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء جاز لما ذكرنا أنه ليس بواجب عليه وعلى هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى المعسر ذبحهما وذكر الزعفراني في رجل اشترى شاة للاضحية وأوجبها أضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية ثم وجدت الاولى فان أوجب الثانية ايجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما وان أوجبها بدلا عن الاولى فان له أن يذبح أيهما شاء لان الايجاب متحد فاتحد الواجب وهذا بناء على أصله أن الفقير اذا اشترى شاة بنية الاضحية لا تتعين لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لان الشراء لم يوضع للايجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في المعنى الخاص لان الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية موضوع للازالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر الرواية تتعين للاضحية بالشراء لان الشراء من الفقير بنية الاضحية بمنزلة النذر عرفا وعادة لانا لا نجد في العرف فقيرا اشترى شيأ للاضحية الا يضحي بها لا محالة فكان بها ملتزما ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأته استحسانا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار كانه تعيب بالذبح حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح قال رحمه الله (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرف شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا يجوز التضحية به لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي والقياس ممتنع وفي المتولد منهما تعتبر الام وكذا في حق الحل تعتبر الام قال رحمه الله (وجاز الثني من الكل والجذع من الضأن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخاري ومسلم وأحمد وجماعة وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع من الضأن أضحية رواه أحمد وابن ماجه وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا أنه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر قال رحمه الله (وان مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا أو مريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة

قوله ويجوز بالجاموس) وقال في خلاصة الفتاوى والجاموس يجوز في الضحايا والهدايا استحسانا اه اتقاني (قوله وفي المتولد منهما تعتبر الام) قال الاتقاني قال في خلاصة الفتاوى ولو نزا كلب على شاة فولدت قال عامة المشايخ لا يجوز وقال الامام الخيزاخزي ان كان يشبه الام يجوز ولو نزا شاة على ظبي قال الامام الخيزاخزي ان كان يشبه الاب يجوز ولو نزا ظبي على شاة قال عامة المشايخ يجوز وقال الامام الخيزاخزي العبرة للمشابهة كذا في الخلاصة اه وكتب ما نصه فان كانت أهلية يجوز والا فلا حتى لو أن بقرة أهلية نزا عليها ثور وحش فولدت ولدا فانه يجوز أن يضحى به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان الأصل في المتولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان متقوم تتعلق به الاحكام وليس ينفصل من الاب الا ماء مهينا لا خطر له ولا يتعلق به حكم وقيل اذا نزا ظبي على شاة أهلية فولدت شاة يجوز التضحية بها وان ولدت ظبيا لا يجوز وقيل ان ولدت الرمكة من حمار وحش حمارا لا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس اه بدائع (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الخ) رواه الاتقاني عن صاحب السنن باسناده الى جابر اه (قوله فتذبحوا جذعة من الضان) وجه الاستدلال به أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذبح المسنة والثني مسنة فيجوز ذبحه من الانواع الثلاثة قياسا واستحسانا وأما الجذع من الضان فيجوز استحسانا لا قياسا ووجه القياس أن الجذع من الابل والبقر والمعز لا يجوز فكذا من الضان لان هذه جنس وجه الاستحسان حديث جابر وغيره وروى أصحابنا في كتبهم عن أبي هريرة قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن وروى محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الجذع من الضأن يضحى به قال يجزئ والثني أفضل اه غاية (قوله وقالوا هذا اذا كان الجذع الخ) وان كانت صغيرة الجثة لا يجوز الا أن يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانية وأما البقر لا يجوز الا ما تمت لها سنتان وطعنت في السنة الثالثة سواء كانت عظيمة الجثة أو صغيرة الجثة اه اتقاني (قوله عند الفقهاء) قيد به لانه عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة اه

واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته ولم توجد القربة فى الوجه الثانى لان النصرانى ليس من أهلها وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لان الاراقة لا تتجزأ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبى يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما رويناه بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير أبوه وعن أم الولد مولاها وان لم يجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة ولو ذبحوها بغير اذن الورثة فيما اذا مات أحدهم لا يجزئهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة قال رحمه الله (ويأكل من لحم الاضحية ويؤكل غنيا ويدخر) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاثة أيام ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنسائى وقال عليه الصلاة والسلام فيه بعد النهى عن الادخار كلوا وأطعموا وادخروا الحديث رواه مسلم والبخارى وأحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه لما جاز له أن يأكل منه هو وهو غنى فأولى أن يجوز له اطعام غيره وان كان غنيا قال رحمه الله (وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاثة الاطعام والاكل والادخار لما رويناه ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر أى السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليها أثلاثا وهذا فى الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيأ ولا أن يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الاغنياء قال رحمه الله (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب) لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك

(قوله كالقران الخ) وان أراد أحدهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل جاز لان ذلك جهة التقرب الى الله بالشكر على ما أنعم من الولد كما ذكر محمد فى نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهى ضيافة التزوج وينبغى أن تجوز لانها انما تقام شكرا على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك قال صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة اهـ بدائع * فرع فى البدائع ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجب على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد أحدهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القربة ووجه قول زفر أن القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا أن عند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقى الامر فيه مردودا الى القياس ولنا أن الجهات وان اختلفت صورة فهى فى المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله تعالى وكذلك ان أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله فى نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهى ضيافة التزوج وينبغى أن يجوز لانها انما تقام شكرا لله تعالى على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا أراد بها الشكر أو اقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله تعالى وقد ورد عن أبى حنيفة انه كره الاشتراك عند اختلاف الجهة وروى عنه انه قال اذا كان هذا من نوع واحد فكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف اهـ بدائع (قوله ولو كان بعض الشركاء صغيرا الخ) ولو كان أحد الشركاء عبدا أو مدبرا وهو يريد الاضحية لا يجوز لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القربة اهـ بدائع (قوله كلوا وتزودوا الخ) روى البخارى بسنده الى سلمة بن الاكوع قال قال النبى صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة وفى بيته منه شئ فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضى قال كلوا وأطعموا وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها قال فى شرح الطحاوى ولا يجوز الاكل من الدماء الا من أربعة من الاضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع اذا بلغ محله هو الحرم يعنى لا يجوز الاكل من دماء الكفارات والنذور وهدى الاحصار وهدى التطوع اذا لم يبلغ محله وقد مر ذلك فى كتاب الحج اهـ غاية (قوله ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر) قال الاتقانى والقانع السائل من قنعت اليه اذا خضعت له وسألته قنوعا والمعتر المتعرض بغير سؤال أو القانع الراضى بما عنده وبما يعطى بغير سؤال من قنعت قنعا وقناعة والمعتر المتعرض للسؤال كذا فى الكشاف قال الزمخشرى فى نصائحه الكبار يا أبا القاسم اقنع من القناعة لا من القنوع تستغن عن كل معطاء ومنوع اهـ

[قو]له ولو باعهما) أى الجلد واللحم اهـ (قوله ولا يعط أجرة الجزار الخ) أما لو أعطاه لفقره أو على وجه الهدية فلا بأس به اهـ (قوله الافضل أن يستعين بغيره الخ) ولانها قربة مالية والنيابة فى الماليات جائزة كما فى الزكاة اهـ غاية (قوله فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها [كل] ذنب) قال أبو سعيد الخدرى يا نبى الله هذا لآل محمد خاصة فانهم أهل لما خصوا به من خير أم لآل محمد والمسلمين عامة قال لآل محمد [خ]اصة والمسلمين عامة اهـ اتقانى (قوله فى المتن وكره ذبح الكتابى) وقال مالك لا يجوز أن يذبحها الا مسلم وهكذا حكى عن أحمد لما [ر]وى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يذبح ضحايا كم الا طاهر وقال جابر لا يذبح النسك الا مسلم ولنا أن من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له [ذ]بح الاضحية ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة لمسلم كبناء المساجد والقناطر اهـ (قوله (٩) فى المتن ولو غلطا الخ) قال أبو العباس قوله غلطا هذا شرط لانه قد ذكر فى نوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحب الاضحية ولا يشبه العمد الغلط وفى الغلط جاز عن صاحبه وفى العمد لم يجز ولو أن صاحب الاضحية ضمن الذابح قيمة الاضحية فى العمد جازت الاضحية عن الذابح كذا فى الغاية وسيجىء هذا الفرع فى كلام الشارح آخر الباب اهـ (قوله وهو قول زفر) أى وبه قالت الائمة الثلاثة اهـ (قوله فى أيام النحر) أى فيما اذا كان فقيرا واشتراها بنية الاضحية اهـ (قوله ويكره أن يبدل بها غيرها) أى اذا كان غنيا ولكن يجوز استبدالها بخير منها عند أبى حنيفة ومحمد * فرع فى البدائع غصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه لم يجز لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن الاضحية عنهما وعلى كل واحد منهما أن يضحى بأخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تجزئ عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذابحا شاة هى ملكه فيجزئه لكنه يأثم لان ابتداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزئ عن الذابح أيضا بناء على أن المضمونات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعى وأصل المسئلة فى كتاب الغصب وكذا اذا غصب شاة انسان كان اشتراها للاضحية فضحى بها عن نفسه بغير أمره لما قلنا وكذا الجواب فى الشاة المستحقة اهـ * فرع آخر قال الولوالجى رجل ضحى شاة نفسه عن غيره لم يجز سواء كان بأمره أو بغير أمره لانه لا يمكن تصحيح النية عنه الا باثبات الملك فى الشاة ولن يثبت الا بالقبض ولم يوجد قبض الآمر لا بنفسه ولا بنائبه اهـ

[ا]لاستهلاك ولو باعهما بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهية البيع وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا يعط أجرة الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهى عنه نهى عن البيع لانه فى معنى البيع لانه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره أن يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره له الانتفاع بلبنها كما فى الصوف ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع للغنى بلبنها وصوفها لان الواجب فى حقه فى الذمة فلا تتعين قال رحمه الله (وندب أن يذبح بيده ان علم ذلك) لان الاولى فى القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وان أمر به غيره فلا يضر لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين ثم أعطى المدية عليا فنحر الباقى وان كان لا يحسن ذلك فالافضل أن يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغى له أن يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال رحمه الله (وكره ذبح الكتابى) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا قال رحمه الله (ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رحمه الله لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدى بنية غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام ويخاف أن يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالى بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذنا دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لاصحابنا ذكرناها فى الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما يأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله فى الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن

(قوله وذكر في المحيط مطلقا) وقد ذكر في املاء محمد بن الحسن رواية محمد بن حميد الرازي قال محمد لو ذبح الاضحية متعمدا عن صاحبها يوم النحر ولم يأمره فذلك أجزأه أيضا لانها انما هيئت للذبح في ذلك وهو استحسان اه غاية

﴿كتاب الكراهية﴾

المناسبة بين كتاب الاضحية وكتاب الكراهية ان الكراهية توجد في عامة مسائل الاضحية أيضا الاترى أن التضحية في ليالي

تلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه وذكر في المحيط مطلقا من غير قيد فقال ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوّض الى غيره فصار مأذونا له دلالة كالقصاب اذا شدّ رجل شاته للذبح فذبحها انسان بغير اذنه لا يضمن ولو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فان كان الثاني أنقص من الاول تصدق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف مالو كانت وديعة فانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر أن الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة وان أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله أعلم

﴿كتاب الكراهية﴾

هي ضد الارادة والرضا في اللغة قال رحمه الله (المكروه الى الحرام أقرب ونص محمد رحمه الله أن كل مكروه حرام) وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه الى الحرام أقرب لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري لقبه بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما أباح الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أو لان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول

﴿فصل في الاكل والشرب﴾ قال رحمه الله (كره لبن الاتان) لان اللبن متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند أبي حنيفة رحمه الله كلحمه عنده ذكره قاضيخان في فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدّر لذلك مدة في الاصل وقدره في النوادر بشهر وقيل أربعين يوما في الابل وبعشرين يوما في البقر وبعشرة أيام في الشاة وثلاثة أيام في الدجاجة أما التي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس به ولهذا يحل أكل لحم جدي غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له أثر وعلى هذا قالوا لا بأس بأكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروي أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل الدجاج وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه لا أنه شرط ولو سقي ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل أكله ويكره قال رحمه الله (والاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمرأة) لما روي عن حذيفة أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أم سلمة أن النبي صلى

أيام النحر مكروهة وكذا جز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي ثم عبارات الكتب اختلفت في ترجمة هذا الكتاب وقد سماه محمد في الاصل كتاب الاستحسان وعليه كتب أكثر مشايخنا كمختصر الكافي للحاكم الشهيد وسماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي سماه في مختصره كتاب الحظر والاباحة وتبعه القدوري وغيره في هذه التسمية وانما سمي كتاب الاستحسان لما فيه من المسائل التي يستحسنها العقل والشرع اه اتقاني

﴿فصل في الاكل والشرب﴾

(قوله في المتن كره لبن الاتان) قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل اه هداية (قوله وكذا لبن الخيل يكره) وجعل في الهداية شربه حلالا عند أبي حنيفة كما سيأتي في الاشربة من هذا الشرح اه (قوله في المتن والتطيب من اناء ذهب وفضة الخ) وأما الاكل والشرب في الاناء المفضض فسيجيء متنا وشرحا في الصفحة الآتية بما فيه من الخلاف اه (قوله ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة) الخ ولا يرد على هذا غسل قلبه صلى الله عليه وسلم في طست من ذهب لان ذلك قبل تحريم استعمال الذهب أو يقال التحريم في استعمال ذهب الدنيا لا ذهب الجنة أو يقال استعماله حرام على البشر لا على الملائكة والمستعمل له في هذه الحالة جبريل عليه السلام لا النبي صلى الله عليه وسلم اه

صلى الله عليه وسلم قال ان الذى يشرب فى اناء الفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه مسلم وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى يشرب فى اناء فضة كأنما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه أحمد وابن ماجه وعن البراء بن عازب أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب فى اناء الفضة فانه من شرب فيها فى الدنيا لم يشرب فيها فى الآخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك فى الشرب والاكل فكذا فى التطيب وغيره لانه مثله فى الاستعمال فيكون الوارد فيهما واردا فيما هو بمعناهما دلالة لما عرف فى موضعه ولانه تنعم بتنعم المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما أشبه ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر يتردد من جرجر الفحل اذا ردده صوته فى حنجرته وقال فى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال كذا فى الذخيرة قال رحمه الله (لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق) أى لا يكره استعمال الاوانى من هذه الاشياء وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا لا نسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر فى غير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاوانى من الصفر لما روى عن عبد الله بن يزيد أنه قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء فى تور من صفر فتوضأ رواه البخارى وأبو داود وغيرهما ويمكن أن يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه فى معناه بل عينه قال رحمه الله (وحل الشرب من اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسى مفضض ويتقى موضع الفضة) أى يتقى موضعها بالفم وقيل بالفم واليد فى الاخذ فى الشرب وفى السرير والسرج والكرسى موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك فى نصل السيف والسكين أو فى قبضتهما ولم يضع يده فى موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك فى المشحذ أو فى حلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا المفضض من اللجام والركاب والثفر لا يكره وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب أو فضة وهذا كله عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يكره ذلك كله وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ومع أبى يوسف رحمة الله عليهم وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا لابى يوسف ما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال من شرب فى اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شئ من ذلك فانما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه الدارقطنى واحتج أيضا بما رويناه من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشئ من ذلك ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى حنيفة ما روى عن أنس أن قدح النبى صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخارى ولاحمد عن عاصم الاحول قال رأيت عند أنس قدح النبى صلى الله عليه وسلم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصدا للجزء الذى يلاقيه العضو وما سواه تبع له فى الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب وروى أن هذه المسئلة وقعت فى مجلس أبى جعفر الدوانقى وأبو حنيفة وأئمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وأبو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه فى موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من أين لك فقال أرأيت لو كان فى اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره ذلك فوقف الكل وتعجب أبو جعفر من جوابه قال رحمه الله (ويقبل

(قوله المترفين) أى المتنعمين يقال أترفه أى نعمه وأترفته النعمة أى أطغته كذا فى الديوان اه غاية (قوله وما أشبه ذلك) أى كالمكحلة والمرآة والمجمرة (قوله فأخرجنا له ماء فى تور) التور اناء صغير يشرب فيه ويتوضأ منه اه مغرب (قوله وكذا الاناء المضبب بالذهب) أى المشدود به يقال باب مضبب أى مشدود بالضبات جمع ضبة وهى حديدته العارضة التى يضبب بها اه غاية قال فى المغرب ومنه ضبب أسنانه اذا شدها بالفضة اه وفى المصباح والضبة من حديد أو صفر أو نحوه يشعب بها الاناء وجمعها ضبات مثل جنة وجنات وضببته بالتثقيل عملت له ضبة اه (قوله والثفر) قال فى الصحاح فى فصل الثاء المثلثة من باب الراء والثفر بالتحريك ثفر الدابة وقد أثفرتها أى شددت عليها الثفر ودابة مثفار يرمى بسرجه الى مؤخره اه (قوله وقال أبو يوسف يكره ذلك كله) وكذلك الاختلاف اذا جعل ذلك فى السقف جاز عنده وكرهه أبو يوسف اه اتقانى (قوله ومع أبى يوسف) فصار عن محمد روايتان اه غاية (قوله ولان الاستعمال قصدا الخ) قال الاتقانى واحتج أبو حنيفة أن هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب وشبه ذلك بالشرب من الكف على خنصره خاتم فضة أنه لا يكره وصار من جنس التجمل وفرق أبو يوسف وقال الخاتم لم يصر جزأ من الكف بخلاف مسئلتنا قال فخر الاسلام وكلام أبى يوسف باطل بالمسمار اه * فرع قال فى سير العيون قال محمد ولا بأس بأن يكون فى بيته شئ من الديباج وفرش الديباج لا يقعد عليها ولا ينام وأوانى الذهب للتجمل لا يشرب فيها اه غاية

قول الكافر فى الحل والحرمة) وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر فى الديانات وانما يقبل قوله فى المعاملات خاصة للضرورة ولان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ولا يقبل فى الديانات لعدم الحاجة الا اذا كان قبوله فى المعاملات يتضمن قبوله فى الديانات فحينئذ تدخل الديانات فى ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شئ يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز فكذا هنا يدخل حتى اذا كان له خادم أو أجير مجوسى فأرسله ليشترى له لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله وان قال اشتريته من مجوسى لا يسعه أكله لانه لما قبل فى حق الشراء منه لزمه قبوله فى حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بأن قال هذا حلال وهذا حرام قال رحمه الله (والمملوك والصبى فى الهدية والاذن والفاسق فى المعاملات) أى خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره لانه من المعاملات وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا صغيرا أو كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستخدمه ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا فى حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها فيها لان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيها التزاور والاشتغال بالاباطيل ولان المعاملات أكثر وقوعا فاشتراط العدالة فيها يؤدى الى الحرج فيشترط فيها التمييز لا غير فاذا قبل فيها قول المميز وكان فى ضمن قبول قوله فيها قبوله فى الديانات يقبل قوله فى الديانات ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال مميز هذا أهدى اليك فلان أو قالت جارية لرجل بعثنى مولاى اليك هدية وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطء بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات صارت تبعا للمعاملات فيثبت بثبوت المعاملات ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها فى ضمن المعاملات لأدى الى الحرج وكان ينسد باب المعاملات بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيها ضرورة بخلاف الديانات المقصودة لانها لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج فى اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان ولانهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما أن يلزما غيرهما بخلاف المعاملة لانها جائزة معهما ومن ضرورة جوازها معهما قبول قولهما لانها لا تتهيأ الا بقبول قولهما ولا يقبل فى الديانات قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة أنه يقبل قوله فيها بناء على ما شاهد من أهل عصره لان الصلاح كان غالبا

(قوله وانما يقبل قوله فى المعاملات خاصة للضرورة) قلت هذا ليس بسهو وهذا المقدار لا يخفى على مثل المصنف وانما أراد بالحل الحل الضمنى وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه أراد بهذا الكلام حاصل المسئلة التى ذكرها صاحب الهداية بقوله ومن أرسل أجيراله مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة ومراد الشيخ رحمه الله من قوله فى الحل والحرمة هو هذا أعنى قوله لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة فافهم اه عينى (قوله فكذا هنا يدخل) قال الفقيه أبو الليث السمرقندى كان لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عبيد من العلوج وكانوا يستعملونهم ويصدقونهم على مقالتهم اه (قوله لانه لما قبل فى حق الشراء منه) والشراء من المعاملات اه غاية (قوله وأصله أن المعاملات الخ) قال الاتقانى وأصله أن خبر الواحد فى المعاملات حجة لاجماع المسلمين على ذلك بالكتاب والسنة فان الله تعالى جعل خبر الواحد حجة فى كتابه قال تعالى وجاء من أقصى المدينة رجل يسعى وقال تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وقد توارثنا السنة من الصحابة والتابعين بذلك قال الشيخ أبو نصر البغدادى فى شرح القدورى وهذا الذى ذكره استحسان والقياس أن لا يقبل لما لم يكن لهم قول صحيح وانما تركوا القياس للعادة الجارية أنهم يقبلون قولهما فى الهدية والاذن فى سائر الاعصار من غير نكير ولانه لو اعتبر فى ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس فجوز فيه ذلك وقد قالوا يجب أن يعمل فى ذلك على غلبة الظن من السامع من صفة المخبر فاذا رأى العبد يبيع شيأ لم يشتر منه حتى يسأله فاذا ذكر أن مولاه أذن له فى ذلك وكان ثقة فلا بأس به أن يشترى منه وكذلك ان قال هذا أهداه اليك مولاى فان كان أكبر رأيه أنه كاذب أو لم يكن له رأى لم يعترض لشئ منه لان الاصل أنه محجور عليه والاذن طارئ عليه فلا يجوز اثباته بالشك واذا قبلنا قول العبد اذا كان ثقة فى الاذن لانه من اخبار المعاملات وهو أضعف من أخبار الديانات فاذا قبل قوله فى أخبار الدين ففى أخبار المعاملات أولى اه (قوله وسعه الاخذ والاستعمال) أى لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها اه ع (قوله بخلاف الديانات المقصودة) أى التى لم تكن تبعا للمعاملات اه

فيه ولهذا اجاز القضاء بشهادته والظاهر أنه كالفاسق حتى يعتبر فى خبره فى الديانات أكبر الرأى كما فى خبر الفاسق لظهور الفساد فى زماننا ويقبل قول العبيد والاماء اذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق كخبر الحر اذا كان عدلا ومن المعاملات التوكيل والاذن فى التجارة وكل شئ ليس فيه الزام ولا مايدل على النزاع فان كان فيه شئ من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على مانبينه فى فصل البيع من هذا الكتاب ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره عدل أنه نجس تيمم ولا يتوضأ به وان كان المخبر فاسقا تحرى فيه وكذا اذا كان مستورا فى الصحيح فان غلب على ظنه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ به وان أراقه ثم تيمم كان أحوط لان التحرى مجرد ظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر العدل لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة معه ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا جواب الحكم وأما الاحتياط فأن يتيمم لان التحرى مجرد ظن فلا يمنع احتمال ضده ومن الديانة الحل والحرمة المقصود ان ولم يكن فيهما زوال الملك خاصله أن محل الخبر أنواع أحدها خبر الرسول عليه الصلاة والسلام فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لاغير والثانى خبره عليه الصلاة والسلام فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند أبى يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا لابى الحسن الكرخى حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد والحرية ولفظة الشهادة والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة عند أبى حنيفة خلافا لهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز على ما بينا وقد بينا أمثلة كل قسم فى موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة قال رحمه الله (ومن دعى الى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل) أى اذا حدث اللعب والغناء هنالك بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترنت البدعة من غيره كصلاة الجنازة لا يتركها لاجل النائحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر لقوله عليه الصلاة والسلام من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان وقال أبو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن أبى حنيفة رحمه الله كان قبل أن يصير مقتدى به وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان كان هنالك لعب وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هنالك منكر وقال على رضى الله عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فرأى فى البيت تصاوير فرجع رواه ابن ماجه وعن ابن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح رواه أبو داود ودلت المسئلة على أن الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب وكذا قول أبى حنيفة ابتليت يدل على ذلك لان الابتلاء يكون بالمحرم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من أمتى أقوام يستحلون الخمر والخنزير والخز والمعازف أخرجه البخارى وفى لفظ ليشربن ناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم

(قوله ولم يكن فيهما زوال) أى كاخبار العدل الزوجين بأنهما ارتضعا اهـ (قوله وشهر رمضان) أى الشهادة على رؤية هلال رمضان اذا كان بالسماء علة اهـ (قوله لا يتركها لاجل النائحة) لا يقال صلاة الجنازة واجبة فلا يدل عدم تركها لاقتران المعصية على عدم ترك اجابة الدعوة لاقتران المعصية لانها سنة وهى أضعف لانا نقول اجابة الدعوة وان كانت سنة الا أنها فى قوة الواجب لما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ومن دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا وروى فى السنن أيضا مسندا الى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعى أحدكم الى الوليمة فليأتها فان كان مفطرا فليطعم وان كان صائما فليدع وروى فى السنن أيضا مسندا الى جابر قال قال النبى صلى الله عليه وسلم من دعى فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك ذكره فى كتاب الاطعمة اهـ اتقانى (قوله والمحكى عن أبى حنيفة رحمه الله كان) أى حال شبابه اهـ غاية (قوله وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد) قال الاتقانى وقالوا هذا اذا لم يعلم قبل أن يدخل عليهم فان علم قبل الدخول ان كان محترما يعلم أنه لو دخل عليهم يتركون ذلك احتراما له فعليه أن يذهب لان فيه ترك المعصية والنهى عن المنكر وان علم أنه لو دخل عليهم لا يتركون فلا يدخل عليهم اهـ اتقانى (قوله ودلت المسئلة الخ) قال الشيخ أبو العباس الناطفى فى الاجناس قال فى كتاب الكراهية املاء سألت أبا يوسف عن الدف أتكرهه فى غير العرس مثل المرأة فى منزلها والصبى قال فلا أكرهه وأما الذى يجىء منه اللعب الفاحش والغناء فانى أكرهه اهـ اتقانى

﴿فصل في الفسق﴾ (قوله كسرواني) منسوب الى كسرى وهو لقب ملوك الفرس اه (قوله الامقطعا) أي اليسير منه اه (قوله وقال محمد يكره ذلك) وذكر فخر الاسلام عن نوادر هشام أن محمدا كره تكة الديباج والابريسم وقال في فتاوى الصغرى ولا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة اه اتقاني (قوله ذكره في الجامع الصغير) أي ولم يذكر فيه قول أبي يوسف وقد ذكر الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مع محمد وتبعه القدوري وغيره قال الكرخي قال أبو حنيفة لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليهما وكره ذلك

القردة والخنازير رواه ابن ماجه واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم انه حرام مطلقا والاستماع اليه معصية لاطلاق ما روينا واليه أشار في الكتاب وهو اختيار شيخ الاسلام رحمه الله تعالى ولو سمع بغتة فلا اثم عليه ومنهم من قال لا بأس بأن يتغنى ليستفيد به فهم القوافي والفصاحة ومنهم من قال يجوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لانه يروى ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولو كان في الشعر حكم أو عبر أو فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة وان كانت حية يكره

﴿فصل في اللبس﴾ قال رحمه الله (حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير الا قدر أربع أصابع) أي حرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روى عن أبي موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل الذهب والحرير للاناث من أمته وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وعن عمر أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة وعن أنس مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم رواهما البخاري ومسلم وأحمد الا أن اليسير عفو مقدار أربع أصابع كاذكرهنا لما روى عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه أحمد ومسلم والبخاري وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة رواه مسلم وأحمد وأبو داود وجماعة آخرون وعن أسماء أنها أخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسرواني وفرجيها مكفوفين به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها كانت عند عائشة رضي الله عنها فلما قبضت عائشة قبضتها الي فنحن نغسلها للمريض فيستشفي بها رواه أحمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشبر وعن معاوية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه أحمد وأبو داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر أربع أصابع وان كان أكثر من ذلك يكره وقال في المحيط وكذا تكة الحرير ولبنته وهو القب لا يحل للرجال لانه استعمال تام قال رحمه الله (وحل توسده وافتراشه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يكره له ذلك ذكره في الجامع الصغير وذكر القدوري قول أبي يوسف مع محمد وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة لمحمد ما روى عن حذيفة أنه عليه الصلاة والسلام نهانا أن نشرب في آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وأن نجلس عليه رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على المياثر والمياثر شيء كانت تصنعه النساء لبعولتهن على الرحل كالقطائف من الارجوان رواه مسلم والنسائي وقال سعد ابن أبي وقاص لان أتكئ على جمر الغضا أحب الي من أن أتكئ على مرافق الحرير وعن علي أنه أتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة ولان التنعم بالتوسد والافتراش مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح

أبو يوسف ومحمد وقال بشر عن أبي يوسف أحب الي أن يفعل الى هاهنا لفظ الكرخي اه غاية وكتب ما نصه قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذلك الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب يعني لا بأس به عند أبي حنيفة ويكره عند محمد لهما لعمومات في تحريم الحرير وهي تشمل اللبس والتوسد جميعا اه غاية (قوله وذكره أبو الليث) أي في شرح الجامع الصغير اه غاية (قوله كالقطائف من الارجوان) قال ابن الاثير فيه أنه نهى عن ميثرة الارجوان الميثرة بالكسر مفعلة من الوثارة يقال وثر وثارة فهو وثير أي وطيء لين وأصلها موثرة فقلبت الواو ياء لكسرة الميم وهي من مراكب العجم تعمل من حرير أو ديباج والارجوان صبغ أحمر وتتخذ كالفراش الصغير ويحشى بقطن أو صوف يجعلها الراكب تحته على الرحال فوق الجمال ويدخل فيه مياثر السروج لان النهي يشمل كل ميثرة حمراء سواء كانت على رحل أو سرج اه ذكره في باب الواو مع الثاء المثلثة اه (قوله وهو زي الاكاسرة) قال الاتقاني ولان القليل من الملبوس حلال وهو العلم فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش لانه ليس باستعمال كامل وذلك لان التوسد والافتراش والنوم عليه استعمال وهو مع ذلك امتهان فقصر معنى الاستعمال والتزين به فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو الاستعمال الكامل اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس ونموذجا وترغيبا في نعيم الآخرة اه (قوله مرفقة حرير) قال الاتقاني والمراد من المرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء اه

(قوله نموذجا) النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموده وهو أن يعلم بهذا المقدار لذة ما وعده فى الآخرة منه ويرغب فى سبب يوصله اليه اه (قوله اذهما الايلبسان) أى وانما يتخذ منهما الكرسى ونحوه فلا يكون الجلوس على الكرسى أنموذجا الى الكامل فى الآخرة قوله فلا يكون أى الكرسى فى الدنيا اه (قوله فى المتن ولبس ماسداه حرير) قال فى المصباح السدى وزان الحصى من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمد طولا فى النسج اه (قوله فى المتن ولحمته قطن) قال فى المغرب والملحم من الثياب ما سداه ابريسم ولحمته غير ابريسم ومنه الولاء لحمة كلحمة النسب أى تشابك ووصلة كوصلته اه قال فى المصباح ولحمة الثوب ما ينسج عرضا بالفتح والضم لغة وقال الكسائى بالفتح لا غير واقتصر عليه ثعلب واللحمة بالضم القرابة والفتح لغة اه (قوله الخز) الخز بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاى وهو اسم

كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما انموذجا ونظيره انكشاف العورة فى الصلاة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير فى زمن قليل على ما عرف فى موضعه وهذا بخلاف كرسى الفضة أو الذهب حيث لا يجوز أن يقعد عليه لانه استعمال تام فى حقه اذهما لا يلبسان فلا يكون نموذجا لان عين الشئ لا يكون نموذجا وانما يكون نموذجا اذا كان شيأ يسيرا منه قال رحمه الله (ولبس ماسداه حرير ولحمته قطن أو خز) لان الصحابة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدى بالحرير ولان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة أو نقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هى التى تظهر فى المنظر فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى قال رحمه الله (وعكسه حل فى الحرب فقط) أراد به عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا فى الحرب فقط لما ذكرنا أن العبرة للحمة غير أن فى الحرب ضرورة ولا يجوز لبس الحرير الخالص فى الحرب عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدو لبريقه ولابى حنيفة رحمه الله اطلاق النصوص الواردة فى النهى عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه فحاصله أنه ثلاثة أنواع اما حرير خالص أو مخلوط وهو نوعان اما أن يكون الحرير سدى أو لحمة وقد ذكرنا حكم كل واحد منهما بتوفيق الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا قال رحمه الله (ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لما روينا غير أن الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد آثار فى جواز التختم بالفضة وكان للنبى صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان فى يده الى أن توفى ثم فى يد أبى بكر الى أن توفى ثم فى يد عمر الى أن توفى ثم فى يد عثمان الى أن وقع من يده فى البئر فأنفق فى طلبه مالا عظيما فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت الى أن استشهد رضى الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى على رجل خاتم صفر فقال مالى أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار وروى عن ابن عمر أن رجلا جلس الى النبى صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه الصلاة والسلام هذا شر منه هذه حلية أهل النار ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر والتختم

دابة ثم سمى المتخذ من وبره خزا اه عينى (قوله أو نقول) قال الاتقانى ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب السدى باللحمة فكان صيرورته ثوبا مضافا الى اللحمة لان الشئ اذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا فهذه النكتة تقتضى اباحة العتابى ونحوه اه (قوله ولان اللحمة هى التى تظهر) قال الاتقانى وهذه النكتة تقتضى أن السدى لو كان ظاهرا كالعتابى يكره لبسه اه (قوله لمعرة السلاح) أى شدته اه (قوله القز) القز معرب قال الليث هو ما يعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم القز والابريسم مثل الحنطة والدقيق اه مصباح (قوله من الفضة) قيد للمذكور جميعه اه عينى (قوله وقع من يده فى البئر) فى بئر أريس اه غاية (قوله ومن الناس الخ) قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة قال لا يتختم الا بالفضة وكان لا يرى بأسا بالفص يكون فيه الحجر فيه مسمار ذهب الى هنا انظ أصل الجامع الصغير وهى من الخواص وهذا نص على أن التختم بالحجر الذى يقال له يشب حرام لانه أطلق النهى حيث قال لا يتختم الا بالفضة ومن الناس من أباح التختم بذلك لان النهى ورد عن التختم بالذهب والحرير والصفر وليس هو من جملتها قال شمس الائمة فى شرح الجامع الصغير ثم لظاهر لفظ الكتاب كره بعض مشايخنا التختم باليشب والاصح أنه لا بأس بذلك وان مراده كراهة التختم بالذهب والحرير على ما ورد به الاثر أنه زى أهل النار فأما اليشب ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد الاثر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق الى هنا لفظ شمس الائمة اه اتقانى ﴿فرع﴾ نقل صاحب الاجناس لا بأس للرجل أن يتخذ خاتما من فضة فصه منه وان جعل فصه من جزع أو عقيق

أوفيروزج أوياقوت أوزمرد فلابأس وان نقش عليه اسمه واسم أبيه أومابداله من ذكر الله كقوله ربى الله أونعم القادر الله فلابأس اه أتقانى ﴿فرع آخر﴾ قال العينى وفى الاجناس ويلبس خاتمه فى خنصره اليسرى ولا يلبسه فى اليمنى ولا فى غير خنصره اليسرى من أصابعه قال الاتقانى وسوى الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لانه اختلفت الروايات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك اه (قوله فى المتن والافضل لغير السلطان الخ) قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير ثم التختم انما يكون سنة اذا كانت له حاجة الى التختم بأن كان سلطانا أوقاضيا أما اذا لم يكن محتاجا الى التختم فالترك أفضل اه غاية (قوله وقال محمد الخ) والشيخ أبو جعفر الطحاوى أخذ بقول محمد فى شرح الآثار اه غاية (قوله كلاب) قال الاتقانى بالكاف وتخفيف اللام اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به وقعة عظيمة للعرب فى حديثها طول وللعرب فيها أشعار اه قال فى المصباح والكلاب وزان غراب ماء لبنى تميم وكان به وقعة مشهورة بين العرب قبل المبعث بخمس سنين وهو عن اليمامة ستة أميال اه (قوله فى المتن وكره الخ) وعند الثلاثة لايكره اه ع (قوله لان المسلمين الخ) قال فخر الاسلام وحاصله أن من فعل شيأ من ذلك تكبرا فهو مكروه وهو بدعة ومن فعل لحاجة وضرورة لم يكره ونظيره التربع فى الجلوس والاتكاء فقد يفعله الرجل نخوة وتكبرا وقد يفعله الرجل للضرورة والحاجة فما يكره اه اتقانى (قوله وتعقاد الرتم) والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن التفعال كالتلعاب والتهذار والبيت برواية الثقات من أهل اللغة هل ينفعنك بلفظ هل وهو القياس بكلام العرب والفقهاء رووه فى كتبهم لاينفعنك بحرف النفى وليس ذلك بقياس لان حرف التوكيد لايدخل فى النفى الا نادرا فى الشعر وقوله عمت بتاء التأنيث وهى يربط

بالذهب حرام لما روينا وعن على رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب ولانه الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم والنموذج وقد اندفعت بالادنى وهى الفضة والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز من الحجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة فى حقها والاولى أن لايتختم اذا كان لايحتاج اليه وان كان يحتاج اليه كالقاضى والسلطان يختم به اذا كان من فضة ولابأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص أى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابساله ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال قال رحمه الله (والافضل لغير السلطان والقاضى ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) وقد بينا جميع ذلك قال رحمه الله (وشد السن بالفضة) أى يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد رحمه الله يحل بالذهب أيضا وهو رواية عنهما لما روى أن عرفجة بن سعد أصيب أنفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب ولان الفضة والذهب من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا حل التضبيب بأحدهما حل بالآخر ووجه المذكور هنا أن استعمالهما حرام الا للضرورة وقد زالت بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى فبقى على الاصل وهو الحرمة والضرورة فيما روى لم تندفع بالفضة حيث أنتنت ولان كلامنا فى السن والمروى فى الانف فلا يلزم من عدم الاغناء فى الانف عدم الاغناء فى السن ألا ترى أن التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار الى الأعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير لاجل الحكة فى جسمهما قال رحمه الله (وكره الباس ذهب وحرير صبيا) لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس أيضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبى وكذا الميتة والدم قال رحمه الله (لا الخرقة لوضوء ومخاط والرتم) أى لاتكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفى الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التى يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزى الاعاجم ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وانما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم وفيها نوع تجبر وتكبر والصحيح أنها لاتكره ولا الرتم لان المسلمين قد استعملوا فى عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح المخاط والعرق ولحمل شئ يحتاج اليه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها من غير حاجة يكره كالتربع والاتكاء فانهما لايكرهان اذا كانا لحاجة ويكرهان من غير حاجة والرتم هى الرتيمة وهى خيط التذكر يعقد فى الاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

وقيل الرتم ضرب من الشجر وأنشد ابن السكيت

هل ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ماتوصى وتعقاد الرتم

وقال معناه أن الرجل كان اذا خرج الى سفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتى واذا أصابه قد انحل قال خانتنى هكذا المروى عن الثقات الا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة كذا فى المغرب ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهى خيط كان

زواية الثقات وروى بعضهم همت بشاة الخطاب لمذكر على حتفها احدى اليمين وذلك ضعيف وجعلهم من قبيل قوله * آحسن به فهن اليه شوس * اه اتقانى رحمه الله (قوله والتمائم) التمائم جمع تميمة وهى خرزات كانت العرب تعلقها على أولادهم يتقون بها العين فى زعمهم فأبطله الاسلام والحديث الآخر من علق تميمة فلا أتم الله له كأنهم يعتقدون أنها تمام الدواء والشفاء وانما جعلها شركا لانهم أرادوا بها دفع المقادير المكتوبة عليهم وطلبوا دفع الأذى من غير الله الذى هو دافعه اه ابن الاثير

يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وذكر فى حدود الايمان أنه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا يكره بخلاف التميمة فانه عليه الصلاة والسلام قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة شرك على ما يجىء بيانه وتأويل الرقى فى آخر هذا الكتاب عند ذكر التداوى بالحقنة ان شاء الله تعالى

﴿ فصل فى النظر والمس ﴾ قال رحمه الله (لا ينظر الى غير وجه الحرة وكفيها) وهذا كلام فيه خلل لانه يؤدى الى أنه لا ينظر الى شئ من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا على النظر الى هذين العضوين والى ترك النظر الى كل شئ سواهما وليس هذا بمقصود فى هذه المسئلة وانما المقصود فيها أنه يجوز له النظر الى هذين العضوين لا أنه لا يكفهما وانما جاز النظر اليهما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالصلاة فى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى مواضعها ولان فى ابدائهما ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال والاعطاء وغير ذلك من المخالطة فيها ضرورة كالمشى فى الطريق ونحو ذلك والاصل أن لا يجوز النظر الى المرأة لما فيه من خوف الفتنة ولهذا قال عليه السلام المرأة عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما العضوان وهذا يفيد أن القدم لا يجوز له النظر اليه وعن أبى حنيفة أنه يجوز لان فى تغطيته بعض الحرج وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لأنه يبدو منها عادة وما عدا ما استثنى من الاعضاء لا يجوز له أن ينظر اليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينه الآنك يوم القيامة قالوا ولا بأس بالتأمل فى جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام من تأمل خلق امرأة وراء ثيابها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة ولانه متى لم تصف ثيابها ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى ثيابها وقامتها دون أعضائها فصار كما اذا نظر الى خيمة فيها امرأة ومتى كان يصف يكون ناظرا الى أعضائها قال رحمه الله (ولا ينظر من اشتهى الى وجهها الا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب الى موضع مرضها) والاصل فيه أنه لا يجوز أن ينظر الى وجه امرأة أجنبية مع الشهوة لما روينا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة أو شك فيها وفى نظر القاضى اذا أراد أن يحكم عليها أو الشاهد اذا أراد أداء الشهادة وفى نظر الطبيب الى موضع المرض ضرورة فيرخص لهم احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم فصار كنظر الختان والخافضة وكذا ينظر الى موضع الاحتقان للمرض لانه مداواة وكذا للهزال الفاحش لانه أمارة المرض ويجب على الشاهد والقاضى أن يقصد أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء وأما وقت التحمل فلا يجوز له أن ينظر اليها مع الشهوة لانه يوجد من لا يشتهى فلا حاجة اليه وينبغى للطبيب أن يعلم امرأة ان أمكن لان نظر الجنس أخف وان لم يمكن ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت

﴿ فصل فى النظر والمس ﴾ (قوله لا أنه لا يكفهما) قلت معنى كلامه لا ينبغى له أن ينظر من أعضاء الحرة الى غير وجهها وكفيها والمقصود نفى جواز النظر الى غير الوجه والكفين والدلالة على جواز النظر الى هذه الاعضاء وليس فيه ما يدل على التحريض على النظر الى هذه الاعضاء ولا يدل التركيب عليه فافهم اه عينى (قوله والمراد به مواضعها) قال الاتقانى وذكر الزينة وأراد موضعها للمبالغة فى الستر اه (قوله وهذا يفيد الخ) قال الاتقانى وعن أصحابنا روايتان فى القدم ففى ظاهر الرواية لا يحل النظر اليها ولا يباح النظر الى غير الوجه والكف وقال الكرخى فى مختصره قال ابن شجاع عن الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوز النظر الى وجهها وكفيها وقدميها اه (قوله لم يرح رائحة الجنة) ضبطه الشارح بالقلم بضم الياء وكسر الراء قال ابن الاثير وفيه من قتل نفسا معاهدة لم يرح رائحة الجنة أى لم يشم ريحها يقال راح يريح وراح يراح وأراح يريح اذا وجد رائحة الشئ والثلاثة قد روى بها الحديث اه (قوله لانه أمارة المرض) أى لان آخره الدق والسل اه (قوله تحرزا عن القبيح بقدر الامكان) قال الاتقانى وأما الاشهاد والقضاء فلأن الاشهاد لا يصح مع جهالة الوجه والقضاء كذلك فكان فيهما الضرورة وللضرورة الماسة أثر اباحة المحرم كضرورة المخمصة يباح بها تناول الميتة بخلاف صورة المعاملة لان المعاملة مع المجهولة الوجه جائزة فلم يكن فيه ضرورة ماسة وفيه حرج فأبحنا النظر من غير شهوة للمعاملة ولم يبح حال الشهوة وأما حال ارادة النكاح والشراء فلان النظر بشهوة ما حرم لعينه وانما حرم لانه يصير سببا للوقوع فى الزنا والنظر عند ارادة النكاح والشراء يصير سببا للوطء الحلال لا للزنا اه

(قوله ليس منها بسبيل) أى ليس بمحرم منها اه (قوله لتمرضه) يقال مرضه أى قام عليه فى مرضه اه إتقانى

الضرورة تتقدر بقدرها ولو أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان خاف أن يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة انظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما رواه الترمذى والنسائى وغيرهما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفيها وان أمن الشهوة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى وقال عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى وأما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل على بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تكبس رجليه وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها وان كان لا يأمن عليها أو على نفسه لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين فى رواية وفى رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهى بمس العجوز فالعجوز تشتهى بمس الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدى الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدى الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهى بمس الصغير لا يشتهى الصغير أيضا بمسه لعدم العلم ولهذا لو مات صغيرا وصغيرة يغسله الرجل والمرأة مالم يبلغ حد الشهوة قال رحمه الله (وينظر الرجل الى الرجل الا العورة) وهى ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة عورة وانما لم يبين الشيخ رحمه الله العورة هنا لانه بينها فى كتاب الصلاة واكتفى بذلك وقد بينا الدليل هنالك ثم حكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى ينكر عليه فى كشف الركبة برفق وفى الفخذ بعنف وفى السوأة يضرب ان لج قال رحمه الله (والمرأة للمرأة والرجل كالرجل للرجل) ومعناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل للرجل أى نظر المرأة الى المرأة والرجل كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منهما الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل اذا أمنت الشهوة والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة وان كان فى قلبها شهوة أو فى أكبر رأيها أنها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره أن الشهوة عليهن غالبة وهى كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هى لم يوجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى فى الافضاء الى الوقوع وانما كان للمرأة أن تنظر من المرأة الى ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن أبى حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة الى الظهر والبطن فى هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف وفى الرواية الاولى يجوز وهى الاصح وما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال رحمه الله (وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته) معناه عن شهوة وغير شهوة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال غض بصرك الا عن زوجك وأمتك وقالت عائشة رضى الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدى صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان النظر الى العورة يورث النسيان قال على رضى الله عنه من أكثر النظر الى سوأته عوقب بالنسيان فكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول الاولى أن ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ

(قوله وتفلى رأسه) من باب رمى اه قال فى المصباح فليت رأسى فليا من باب رمى نقيته من القمل اه (قوله برفق) ولا ينازعه ان لج اه اتقانى (قوله وفى الفخذ بعنف) ولا يضربه ان لج اه اتقانى (قوله ووجه الفرق بين نظره ونظرها) حيث كان نظر الرجل حراما وغض بصرها مستحبا اه اتقانى (قوله أن ينظر اليه من الرجل) أى لان المرأة تحتاج الى دخول الحمام والى أن تعمل فى بيتها متجردة والنساء تدخل عليها فلو لم يجز النظر أدى ذلك الى تضييق الامر على الناس فقلنا بالجواز ولان المرأة لا تشتهى المرأة غالبا كما لا يشتهى الرجل الرجل فاذا جاز النظر الى الرجل كذلك يجوز للمرأة النظر الى المرأة لانعدام الشهوة غالبا ووجود المجانسة كما فى نظر الرجل للرجل اه اتقانى (قوله لان الرجال يحتاجون الخ) لان الرجل قد يعمل متجردا عند الحاجة ويغلب ذلك فلو لم نجوز لها النظر اليه لضاق الامر على الناس فى ذلك اه اتقانى (قوله الا أن الاولى أن لا ينظر) أى لما روى عن عائشة رضى الله عنها قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ير منى ولم أر منه وهذا من مكارم الاخلاق فلا يدل على تحريم النظر لما قلنا اه غاية

فى تحصيل معنى اللذة وعن أبى يوسف رحمه الله فى الامالى أنه قال سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هى فرجه ليتحرك عليه هل ترى بذلك بأسا قال لا انى لأرجو أن يعظم الاجر والمراد بالامة هنا هى التى يحل له وطؤها وأما اذا كانت لا تحل له كامته المجوسية أو المشركة أو كانت أمه أو أخته من الرضاع أو أم امرأته أو بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها قال رحمه الله (ووجه محرمه ورأسها وصدرها وساقها وعضدها الا الى ظهرها وبطنها وفخذها) أى يجوز أن ينظر الى وجه محرمه الى آخر ما ذكر ولا يجوز الى ظهرها الخ والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضعا القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون فى بيتها بثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو أمرت بالستر عن محارمها لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمه بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التأبيد بنسب أو سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا وقيل اذا كانت المصاهرة بالزنا لا يجوز له أن ينظر الا الى وجهها وكفها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزانى لا بطريق النعمة فلا يظهر فى حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراما على ما كان ولان خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤتمن ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هى بنت من زنى بها أو أمها والستر واجب وهو بالحرمة والحرج أيضا منتف لعدم المخالطة عادة بسبب السفاح والاول أصح اعتبارا للحقيقة لانها محرمة عليه على التأبيد ولا نسلم أن الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط فى باب الحرمات وقال الشافعى يجوز للرجل أن ينظر الى ظهر محارمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس فى النظر قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت حكم الظهار أصلا لان صورة الظهار أن يقول لامرأته أنت على كظهر أمى فلو لم يكن ظهرها محرما عليه لما وقع تشبيها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت به حكم الظهار قال رحمه الله (ومس ما حل النظر اليه) أى من محارمه أو من الرجل لا من الاجنبية لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة والمخالطة وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأ بها فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة ولا بأس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم تكن محرما لان المحرم بسبيل منها الا اذا خاف عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه فكان فى كل واحد منها نوع زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمة الزنا بالمحارم أشد وأغلظ فيجتنب الكل ولا بأس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا أمنا الشهوة واذا خافها عليها أو على نفسه أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم يجد الثياب فليدفع عن نفسه الشهوة بقدر الامكان قال رحمه الله (وأمة غيره كمحرمه) لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها فى ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يجوز له أن ينظر الى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد

(قوله لانها محرمة عليه على التأبيد) أى فيباح له النظر والمس اه خان (قوله فى المتن وأمة غيره الخ) قال الولوالجى رحمه الله والحكم فى النظر والمس والحمل والانزال مع أمة غيره كالحكم فى النظر والمس مع المحارم لان الاماء ضرورة فى ابداء مواضع زينتها الباطنة من الاجانب لان الامة انما تشترى لاجل خدمة داخل البيت وخارج البيت فتكون متشمرة للاعمال متجردة داخل البيت وخارج البيت فتكون مكشوفة فى هذه المواضع داخل البيت وخارجه فلو حرم عليها ابداء هذه المواضع من الاجانب وحرم على الاجانب النظر اليها ضاق الامر على الناس وما ضاق أمره اتسع حكمه كما فى المحارم وكذا فى المس ضرورة لان أمة امرأة الرجل تحتاج أن تخدم زوج مولاتها وتغمز رجله وكذا أمة الابن تحتاج أن تخدم أبا الابن فمست الضرورة الى الاباحة ولا ينبغى أن يمس شيأ لا يحل النظر اليه لا مكشوفا ولا غير مكشوف الآن ينظر الى حلها والنزول بها فلا بأس حينئذ بأن يأخذ بطنها أو ظهرها كما فى المحارم اه (قوله علاها بالدرة) أى ضرب علاوتها أى رأسها اه غاية

ابن مقاتل فانه يستدل بقول ابن عباس من أراد أن يشتري جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى الظهر والبطن كما في حق المحارم بل أولى لكمال الشهوة فيها وقلتها في المحارم ولان ما ذهب اليه يؤدي الى أن النظر الى ظهرها لا يجوز لابنها لصحة ظهاره من امرأته على الوجه الذي بيناه و يجوز ذلك للاجنبي وهذا خلف قال رحمه الله (وله مس ذلك ان أراد الشراء وان اشتهى) أي جاز له أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر اليه كالصدر والساق والذراع والرأس وتقليب شعره وان خاف الشهوة لان هذه المواضع ليست بعورة فيجوز مسه من غير شهوة كما يجوز النظر اليه اذا أمن الشهوة وان لم يأمن لا يجوز كالنظر الا اذا أراد الشراء فانه يباح له النظر والمس للضرورة وتحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات المحارم وعند بعض مشايخنا ليس له أن يعالجها في الاركاب والانزال لان معنى العورة وان عدم بالسترة فمعنى الشهوة باق والاصح أنه لا بأس بذلك اذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها في حاجة من بلد الى بلد ولا يجد محرما يخرج معها وهي تحتاج الى من يركبها و ينزلها ألا ترى أن أمة المرأة قد تكبس رجل زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك أحد وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة لما عرف قال رحمه الله (ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد) والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد روى ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتهاء قال رحمه الله (والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل) لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله وهذا لان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وقيل هو أشد جماعا لان آلته لا تفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل وحكمه كأحكام الرجال في كل شئ وقطع تلك الآلة كقطع عضو آخر منه فلا يبيح شيأ كان حراما وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض أصحابنا رحمهم الله الاختلاط مع النساء لوقوع الأمن من الفتنة قال الله تعالى أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه والاصح أنه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث في الردئ من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا بالتكسر ولين في أعضائه ولسانه ولا يشتهي النساء فقد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنساء وهو أحد تأويل قوله تعالى أو التابعين غير أولي الاربة وقيل الابله الذي لا يدري ما يعمل بالنساء وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح أن الآية من المتشابه وقوله تعالى يغضوا من أبصارهم محكم فنأخذ به ونقول كل من كان من الرجال لا يحل لهن أن يبدين زينتهن الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء قال رحمه الله (وعبدها كالاجنبي) أي عبد المرأة كالاجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدي من زينتها الا ما يجوز أن تبديه للاجنبي ولا يحل له أن ينظر من سيدته الا ما يجوز أن ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعي رحمهما الله نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولا يجوز حمله على الاناث لانهن دخلن في قوله تعالى أو نسائهن ولأنه لا يشكل لان الامة لها أن تنظر من سيدتها الى ما تنظر اليه من الاجنبية ولو حمل عليها لا يفيد زيادة الجواز في حقها وفي حق العبد يفيد فوجب حملها عليه ولان الجواز في المحارم لحاجة الدخول من غير استئذان وحشمة وهذا المعنى متحقق بينهما فوجب أن يكون هو كالمحرم لها دفعا للحرج بل هو محرم ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوجها ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء دون العبيد قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث لا في الذكور ولا نسلم أن الموضع لا يشكل بل هو مشكل لان المراد من قوله تعالى

(قوله فانه يباح له النظر والمس للضرورة) قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وذكر القدوري عن محمد أنه كره للشاب مس شئ من ذلك لان بالنظر كفاية ولم ير أبو حنيفة بذلك بأسا للضرورة العلم بشرتها اه اتقاني (قوله في المتن ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد) يعني لا تعرض على البيع كذلك اه غاية

أونسائهن الحرائر ولم تدخل الاماء فيها فبين حكمهن كما بين حكم الحرائر ولانا لا نعرف الحكم الا من الشارع وهن لم يذكرن في هذا المعنى الا في هذه الآية فكانت بيانا لحكمهن وكذا لا نسلم أنه محرم لها لان حرمة النكاح بينهما مؤقتة فصارت كالمزوجة بالغير أو أخت زوجته ولهذا لا يجوز لها أن تسافر معه ولو كان محرما لجاز قال رحمه الله (ويعزل عن أمته بلا اذنها وعن زوجته باذنها) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة به قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء والعزل يخل بما ذكرنا وهو المقصود بالنكاح فلا يملك تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به في حق الامة ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك عندهما حتى لا يكون له العزل الا باذنها لانه تكميل لحقها والوطء حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة به وعند أبي حنيفة رحمه الله الاذن الى مولاها وقد ذكرناه في النكاح والله أعلم

﴿ فصل في الاستبراء وغيره ﴾

قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم لانه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك معنى اذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه وينفق عليه ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة في الحقيقة هو ارادة الوطء والمشترى هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشترى من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لان الحكمة وهي فراغ

(قوله ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك الخ) قال الاتقاني فاما اذا كانت الامة منكوحة فالاذن الى المولى في قول علمائنا جميعا بلا خلاف منهم في ظاهر الرواية كذا ذكر محمد في الجامع الصغير وفي كتاب الآثار أيضا وعن أبي يوسف ومحمد أن الاذن في العزل اليها لان قضاء الشهوة حقها الا حق مولاها وجه الظاهر أن الولد حق المولى لانه يملكه فكان الاذن في العزل اليه كالحرة اه وكتب ما نصه ذكر في بعض المواضع أنه يعزل عن زوجته بغير اذنها خوفا من الولد السوء في هذا الزمان ذكره الولوالجي في آخر الكراهية اه (قوله ❁ فصل في الاستبراء وغيره) وهو طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو أن البائع يستبرئها اذا أراد بيعها وواجب وهو على المشترى وعند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لمائه اذ يحتمل أنها علقت منه ولنا أنها ملك البائع وحقه قائم في الوطء فلا يمنع منه وما قاله من الصيانة يحصل باستبراء المشترى اه اتقاني (قوله أوطاس) موضع على ثلاث مراحل من مكة اه (قوله يستبرأن) بالهمز لا غير اه اتقاني (قوله ويجب على المشترى لا على البائع) وقال النخعي والثوري والحسن البصري وابن سيرين يجب على البائع والمشترى لان الصيانة كما تجب على المشترى تجب على البائع وقال البتي يجب على البائع دون المشترى لانه لصيانة ماء البائع فيجب عليه اه كى (قوله كالشراء والهبة والوصية) أي والصدقة والقسمة والصلح عن دم العمد اه خان (قوله والكتابة) أي بأن كاتب عبده على جارية لا يحل للمولى وطء الجارية قبل الاستبراء اه (قوله وغير ذلك) قال الاتقاني كما اذا تصدق على الفقير بجارية يجب استبراء الفقير وكذا اذا آجر داره الى سنة على جارية لا يحل وطء المؤجر قبل الاستبراء اه وكتب ما نصه كالدفع بالجناية (قوله حتى يجب على المشترى من مال الصبي) أي بأن باعها أبوه أو وصيه اه وكتب ما نصه قال الولوالجي ولو اشتراها من امرأة أو صبي يجب الاستبراء الا رواية عن أبي يوسف اه (قوله والمملوك) أي يجب الاستبراء اذا اشترى الجارية من العبد المأذون وعليه دين مستغرق استحسانا بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان اشترى جارية من عبده المأذون فانه ينظر ان لم يكن على العبد دين أو عليه دين غير مستغرق فليس عليه أن يستبرئها لان ملك عبده له وله أن يجتزئ بالحيضة التي حاضت عند العبد وان كان العبد عليه دين مستغرق برقبته وما في يده من الكسب فعليه أن يستبرئها في قول أبي حنيفة وفي قولهما لا يجب عليه الاستبراء لان من أصل أبي حنيفة أن العبد ان كان عليه دين مستغرق فالمولى لا يملك أكسابه وعندهما يملك ولو اشترى من مكاتبه فعليه الاستبراء لانه لا يملك مكاسب مكاتبه ولو اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله وممن لا يحل له وطؤها) أي كأخت البائع من الرضاع أو جارية ورثها من أبيه وأبوه استمتع بها اه (قوله لم توطأ لتحقق السبب) أي وهو استحداث ملك اليمين وهذا ظاهر الرواية قال في شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف أنه قال لا استبراء في البكر اه اتقاني (قوله وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم) هي بكسر الحاء جمع حكمة يعني أن العلة في وجوب

الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد وقبل وجود الاثنين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا لما بينا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة وهو آخر الاوصاف ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمانع ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادر الحكم عليه وجودا وعدما ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول على البائع الاستبراء لانها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحيضة لانها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف في موضعه ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ولو باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء ان كان المشتري لم يطأها وان كان وطئها فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض والمسئلة بحالها فالمختار أنه يجب واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا لانه يفضي الى الوطء أو يحتمل وقوعه

الاستبراء استحداث ملك اليمين واليد والحكمة تعرف براءة الرحم وقد وجدت العلة في جميع الصور أي في المشتراة من مال الصبي ومن المرأة وفي المشتراة البكر فيثبت الحكم معها أيضا وهو وجوب الاستبراء وان لم توجد الحكمة لان الصبي لا ماء له والمرأة لا توطأ والبكر ليست بموطوأة لان الحكم يدور مع العلة ولا يدور مع الحكمة فاعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وان لم توجد حقيقة الشغل فان قلت كيف يتصور توهم الشغل في الصور الثلاث قلت يحتمل أن تكون جارية الصبي أو المرأة موطوأة بشبهة فيثبت النسب من الواطئ فيثبت توهم الشغل وأما البكر فان الرجل قد يجامعها فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة فيثبت توهم الشغل أيضا بهذا الطريق ولو اشتراها من امرأة أو صبي يجب الاستبراء الا في رواية عن أبي يوسف ذكره الولوالجي في فتاواه اه اتقاني (قوله ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب الخ) قال قاضيخان وان كانت حاملا لا يطؤها حتى تضع حملها بعد القبض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها كان عليه أن يستبرئها اذا خرجت من نفاسها اه (قوله خلافا لابي يوسف) قال الاتقاني وروى عن أبي يوسف أنه قال يجتزأ بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي اه ﴿ فرع ﴾ قال في الخلاصة وفي الاصل علة وجوب الاستبراء استحداث حل الوطء بملك اليمين في فرج فارغ من جهة الغير وشرطه توهم شغل الرحم والحكمة صيانة الولد * رجل اذا اشترى جارية من امرأة أو صبي أو اشترى جارية هي بكر أو حرام على البائع برضاع أو مصاهرة أو اشترى جزأ من مائة جزء من الجارية أو ملك الجارية بالارث أو الخلع أو الصلح عن دم العمد يجب الاستبراء اه فقوله أو اشترى جزأ من مائة جزء أي بأن كان ذلك الجزء مكملا لملك في جميع الامة أما لو ملك ابتداء جزأ من أمة لا يجب الاستبراء قليلا كان ذلك أو كثيرا لان السبب لم يتم حينئذ والله الموفق اه (قوله لا يعتد بالحاصل) أي بالاستبراء الحاصل اه (قوله وان كانت في يد المشتري) أي لعدم الملك اه (قوله ثم أسلمت المجوسية) أي بعدما استبرأها وحاضت في حال مجوسيتها اه (قوله ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة) قال الاتقاني وفي الآبق تفصيل لا بد منه قال في شرح الطحاوي ولو أبقت في دار الحرب ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليها في قول أبي حنيفة لانهم لم يملكوها وعندهما عليه الاستبراء لانهم ملكوها ولو أخذوها في دار الاسلام وهي آبقة وأحرزوها في دارهم ملكوها في قولهم جميعا فاذا عادت الى مولاها فعليه الاستبراء في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي فعلى هذا يكون المراد من الآبقة في المتن هي التي أبقت في دار الحرب ولم يحرزها العدو ثم رجعت الى مولاها اه اتقاني (قوله واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا) قال الاتقاني واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم دواعي الوطء أيضا من اللمس والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة قال الفقيه أبو الليث روى عن أبي مطيع البلخي أنه كان لا يرى بالقبلة والملامسة بأسا وذلك لان القربان انما لا يجوز لانه يؤدي الى اختلاط الانساب وليس في القبلة والملامسة هذا المعنى اه اتقاني (قوله لانه) أي الداعي اه [illegible]

(قوله على اعتبار الحبل ودعوة البائع) أى الولد المؤدى ذلك الى بطلان البيع اه (قوله بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها) أى لان الوطء انما حرم فى الحيض لمعنى الاذى وذلك لا يوجد فى الدواعى اه وكتب ما نصه قال الولوالجى رحمه الله ولو باع من رجل جارية فحاضت عند المشترى حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة وكذا الاقالة اه قال قاضيخان رجل باع جارية وسلمها الى المشترى ثم ردت عليه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط أو اقالة كان على البائع أن يستبرئها بحيضة ولو انفسخ البيع بينهما قبل القبض لهذه الاسباب لا يجب الاستبراء ولو باع جارية وسلمها الى المشترى ثم تقايلا فى المجلس كان عليه أن يستبرئها وعن أبى يوسف رحمه الله اذا تقايلا قبل الافتراق لا يجب اه ﴿فرع﴾ واذا زنت أمة فليس عليه أن يستبرئها لانه انما وجب صيانة الماء عن الخلط اذا كان محترما ولا حرمة لماء الزانى فان حملت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لانه لو قربها صار ساقيا ماءه زرع غيره وقد قال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره لكن قبل ظهور الحبل له ذلك لان الزرع عبارة عن الحب النابت ولا نبات قبل الحبل اه (قوله وان ارتفع حيضها) أى باياس اه قال قاضيخان وان كانت شابة وقد انقطع حيضها لمرض أو غيره اختلفت الروايات فيه ذكر فى الاصل عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يقربها حتى يستبين أنها غير حامل ولم يؤقت لذلك وفى رواية لا يقربها سنتين وفى رواية ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام وفى رواية شهرين وخمسة أيام قال شمس الائمة السرخسى كان محمد يقول أولا لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم رجع وقال شهرين وخمسة أيام والمشايخ أخذوا بهذه الرواية اه (قوله والمأخوذ به الخ) قال الولوالجى رحمه الله رجل اشترى جارية واحتال فى اسقاط الاستبراء فهذا على وجهين ان كان البائع وطئها ثم باعها قبل أن تحيض لا يحل للمشترى أن يحتال للاسقاط لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة فى طهر واحد وان باعها البائع بعد أن حاضت عنده وطهرت ولم يقربها فى ذلك الطهر يحل له أن يحتال لاسقاط الاستبراء لانعدام هذا النهى اه (قوله والحيلة اذا لم تكن تحت المشترى الخ) ومن أراد أن يشترى جارية ولا يلزمه الاستبراء فالحيلة ما ذكر فى الكتاب يزوجها البائع من رجل يثق به ثم يبيعها من المشترى فيقبضها المشترى ثم يطلقها الزوج ويستحب للبائع أن يستبرئها قبل أن يزوجها ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشترى فان طلقها قبل القبض كان على المشترى أن يستبرئها اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض كان على المشترى أن يستبرئها فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فيصير كأنه اشتراها فى هذه الحالة وهى ليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وحيلة أخرى أن يبيعها قبل التزويج ويأخذ الثمن ولا يسلم الجارية الى المشترى ثم يزوجها المشترى من عبده أو أجنبى ثم يقبضها ثم يطلقها بعد ذلك الا أن فى هذا نوع شبهة فانه عند أبى يوسف واحدى الروايتين عن محمد كما اشتراها يجب الاستبراء الا أن الوجوب يتأكد عند القبض فالتزويج عند الشراء لا يسقط لان الاستبراء وجب بنفس العقد الا أن تحيض عند المشترى حيضة قبل الطلاق فحينئذ لا يجب الاستبراء فى قولهم وحيلة أخرى انه اذا أراد أن يشترى الجارية يتزوجها المشترى قبل الشراء اذا لم يكن فى نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشترى فلا يجب عليه الاستبراء وانما يشترط تسليم الجارية اليه قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح قال الشيخ الامام الاجل ظهير الدين عندى يشترط أن يدخل الزوج بها بحكم النكاح قبل الشراء لان ذلك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فاذا كان فساد النكاح سابقا على الشراء لم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة أما اذا دخل بها قبل الشراء فاذا فسد النكاح تصير معتدة قبل الشراء فلا يلزم الاستبراء اه قاضيخان (قوله هكذا ذكره صاحب الهداية) ليس فى الهداية ويقبضها بل قال يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها اه من خط قارئ الهداية رحمه الله

فى غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها لان زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا الى الوطء وكذا لا يحتمل وقوعه فى غير الملك وفى المشتراة يحتمل ذلك ويفضى الى الوطء لان رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروى عن محمد لا تحرم الدواعى فى المسبية لانه لا يحتمل وقوعه فى غير الملك والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا وفى ذوات الاشهر بالشهر لانه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الاصل دون حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل واقعها وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشر وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله ولا بأس بالاحتيال فى اسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله والوجه ما بيناه فى الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبى يوسف رحمه الله فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك ويؤخذ بقول محمد رحمه الله اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب

الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا دخل بها قبل الشراء لانها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والاصل فيه أن سبب الحرام حرام الا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه بعض الحرج لانهما يمتدان وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال رحمه الله (له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك أو نكاح أو عتق) ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج احداهما كان الاحسن لانهما يحرمان عليه لا احداهما فحسب وانما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا أو وطأ لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين والمراد الجمع بينهما وطأ وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتهما آية وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال الحكم للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء أو لان النص مطلق فيتناوله الوطء فصار كأنه وطئهما فعند ذلك تحرمان فكذا هذا ولمسهما بشهوة أو النظر الى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه الا اذا حرم فرج احداهما بما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج احداهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزأ عندهما وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه وان كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احداهما كاعتاقها لان فرجها يحرم بالكتابة بخلاف المقصود ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب وقوله حتى يحرم فرج الأخرى بملك أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من انسان بأي سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح أما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد المجرد الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الأخرى لان العدة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطئ احداهما دون الأخرى حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز

(قوله ولو كانت تحته حرة) قال الولوالجي وان كان عنده امرأة حرة يزوجها البائع غيره ثم يشتريها هو ويقبضها ثم يطلقها الزوج او يشتريها أولا ثم يزوجها من رجل قبل أن يقبضها ثم يقبضها ثم يطلقها الزوج وان خاف البائع أن يتزوجها المشتري ولا يشتريها ولا يطلقها فالحيلة أن يقول البائع زوجتها منك على أن أمرها بيدي في التطليقتين أطلقها متى شئت أو يقول زوجتها منك على انك ان لم تشترها مني اليوم بكذا فهي طالق اثنتين فقبل المشتري النكاح وكذا الحيلة اذا خيف على المحلل أن لا يطلق اه (قوله أو المشتري قبل القبض) تقدم في الصفحة السابقة أنه لو زوجها المشتري قبل الاستبراء بعد القبض وطلقها الزوج قبل الدخول فالمختار أنه يجب اه (قوله كما اذا كانت معتدة الغير) قال الاتقاني اشترى جارية وهي في عدة من زوج عدة وفاة أو طلاق وقد بقي من عدتها يوم أو بعض يوم وانقضت عدتها بعد قبض المشتري فلا استبراء عليه فان انقضت عدتها قبل القبض فلا تحل له الا بالاستبراء كذا في شرح الطحاوي اه (قوله في تلك الحالة) يعني اذا اشترى أمة معتدة وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء اه (قوله بخلاف حالة الحيض) تقدم في آخر الصفحة السابقة اه (قوله لانهما يمتدان) قال الاتقاني والصوم قد يمتد في الفرض الى شهر فلو حرم الدواعي لأدى الى الحرج والحرج مدفوع شرعا والنفل تابع للفرض فأعطي حكمه اه (فرع) قال الولوالجي ولا ينبغي أن يعزل عن فراشها فان ذلك يشبه فعل اليهود وقد نهينا عن التشبه اه ذكره في الكراهية (قوله وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي) قال الاتقاني ولو قبلهما جميعا بشهوة فقد باشر حراما ونزل منزلة وطئهما اه ثم قال الاتقاني والجمع بين الاختين الجمع نكاحا لا يجوز بالاجماع أما الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين فلا يجوز على ما عليه عامة الصحابة وهو المروي عن علي رضي الله عنه وعند عثمان بن عفان رضي الله عنه يجوز لانهما أحلتهما آية وحرمتهما آية والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين وأراد بآية الاحلال قوله تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وأراد بآية التحريم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والصحيح قول العامة لان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم أولى لان الحرام يجب تركه والمباح لا يجب فعله اه اتقاني

الجمع بينهما كانا فيهما بمنزلة الاخشين فيما ذكرنا قال رحمه الله (وكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار واحد ولو كان عليه قميص واحد جاز كالمصافحة) وفي الجامع الصغير ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيأ منه أو يعانقه وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر وقال لا أدري بماذا أسر بفتح خيبر أم بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وفي الكافي كان الاعراب يقبلون أطراف النبي صلى الله عليه وسلم وعن عطاء رحمه الله سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فأقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب ببلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو أول من عانق ولهما ما روى أنس رضي الله عنه أنه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم أينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى الطحاوي أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروى أنه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه منسوخ به وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام أبو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وأما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي وبعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وقبل أبو بكر بين عيني النبي صلى الله عليه وسلم بعد ما قبض وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم أو يد السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي الغير فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر أبو الليث أن التقبيل على خمسة أوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته أو أمته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود وأما القيام للغير فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متوكئا على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان يكره القيام وعن الشيخ أبي القاسم كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال ان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا بأس بالمصافحة لما روينا ولانها سنة قديمة متوارثة في البيعة وغيرها وقال عليه الصلاة والسلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وقال عليه الصلاة والسلام ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل أن يتفرقا والله أعلم

(قوله وذكر الطحاوي) أي في شرح الآثار اه (قوله وروى الطحاوي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة) فيه أنه نهى عن المكامعة هو أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد لا حاجز بينهما والكميع الضجيع وزوج المرأة كميعها قاله ابن الاثير اه قال الاتقاني وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكاعم المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما اه (قوله ويد السلطان العادل سنة) قلت كذلك يجوز تقبيل يد الوالدين والشيخ الذي يأخذ منه اه عيني وكتب ما نصه كذا في شرح الطحاوي اه (قوله وذكر أبو الليث) أي في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه) أي على الرأس اه (قوله وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه) أي أو أخته اه اتقاني (قوله على الجبهة) على الخد اه اتقاني (قوله وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته) أي على الفم اه اتقاني (قوله وأما القيام للغير الخ) وفي فتاوى قاضيخان قوم يقرؤن القرآن أو واحد فدخل عليه واحد من الاشراف قالوا ان دخل عليه عالم أو أبوه أو أستاذه جاز أن يقوم لاجله وفي سوى ذلك لا يجوز اه كاكي (قوله وعن الشيخ أبي القاسم) أي الحكيم السمرقندي اه غاية (قوله وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه) الذي وقفت عليه في غالب نسخ هذا الشرح وحرك في يده تناثرت الخ ووقفت على نسخة كما أصلحته فليراجع لفظ الحديث اه والذي وقفت عليه في نسخة الشارح بخطه وحرك في يده تناثرت اه قوله في غالب نسخ هذا الشرح أي وفي الكافي للنسفي وحرك يده تناثرت اه

﴿فصل في البيع﴾ قال رحمه الله (كره بيع العذرة لا السرقين) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين تموّلوا السرقين وانتفعوا به في سائر البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها بالالقاء في الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن أبي حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز قال رحمه الله (لمشتراء أمة قال بكر وكاني زيد ببيعها) معناه أن جارية لانسان فرأى آخر يبيعها فقال البائع وكاني مولاها حل له أن يشتريها ويطأها لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط أن يكون مميزا على ما بينا من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبني اياها أو تصدق بها على لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان يعلم أنها له أو لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه لان الخبر دليل شرعي ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم منه وهو الفروج بان زفت اليه امرأة وقال النساء هي امرأتك حل له وطؤها ولو كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه لان عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما مر من قبل وان كان أكبر رأيه انه كاذب لا يتعرض لشئ من ذلك لان أكبر الرأي يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشئ من الوكالة أو انتقال الملك اليه فان كان عرفها أنها لغيره لا يشتريها حتى يعلم أن الملك انتقل اليه أو وكله لان يد الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود دليل ظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه أكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل ولو أن امرأة أخبرها رجل أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة أو أتاها بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدري انه كتابه أم لا الا أنه في أكبر رأيها انه حق بعدما تحرّت فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوج لان القاطع طارئ فلا منازع لان صحة النكاح لا تمنع ما يطرأ وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدّتي فلا بأس بأن يتزوجها وكذلك المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها لزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت أمة لفلان فأعتقني حل له أن يتزوجها لان القاطع طارئ على ما بينا ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أنك

تزوجتها

﴿فصل في البيع﴾ (قوله ولنا ان المسلمين تموّلوا السرقين الخ) قال الاتقاني ولنا ان السرقين مال فجاز بيعه كسائر الاموال وانما قلنا انه مال لان الميال ما ينتفع به ويتموّل أي يدخر لوقت الحاجة وقد تموّل المسلمون السرقين وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف وما كان منتفعا به كان مالا فجاز بيعه اهـ (قوله برماد وتراب) الواو بمعنى أو اهـ (قوله فحينئذ يجوز بيعها) ونجاسة العين تمنع الاكل ولا تمنع الانتفاع فجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع اهـ غاية وكتب ما نصه قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن أبي حنيفة في الانتفاع بالعذرة روايتان في احدى الروايتين يكره وفي الثانية لا يكره فعلى قياس الرواية التي لا يكره ينبغي أن يجوز بيعه اهـ اتقاني (قوله والصحيح عن أبي حنيفة الخ) في الهداية وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح اهـ قال الاتقاني قوله لا بغير المخلوط في الصحيح احترز بالصحيح عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة يجوز وان لم تكن مخلوطة والروايتان نقلهما الفقيه قبل هذا اهـ قوله في الهداية أي وفي الكافي مثله اهـ (قوله الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) أي ككتاب في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك وكدرة في يد فقير لا يملك شيأ اهـ (قوله لاعتماده الدليل الشرعي) أي وهو أن اليد دليل الملك والتنزه أفضل اهـ غاية (قوله ولم يشترها حتى يسأل) أي اذا أتاه عبد أو جارية بجارية فأراد بيع الجارية فلا يشتر قبل السؤال عن ذلك فان ذكر أن مولاه قد أذن له فيه وهو ثقة مأمون فلا بأس بشرائه وقبوله منه اهـ غاية (قوله وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة الخ) فلا بأس بشرائه وقبوله منه وذلك لان يد المملوك لا يصلح دليلا للملك لان الرق مناف للملك واذا أخبر أن مولاه قد أذن فلا بأس بشرائه لان خبر الواحد مقبول في المعاملات وهو اخبار في غير موضع المنازعة فيقبل اهـ غاية (قوله لقيام المانع) أي وهو الرق اهـ وكتب ما نصه عن التصرف اهـ (قوله ولو أن امرأة أخبرها رجل ثقة أن زوجها الخ) في الهداية ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الخ اهـ (قوله فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج) وهذا في الاخبار وأما في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين لانه قضاء على الغائب ألا ترى الى ما ذكر الاستروشني في الفصل الرابع من فصوله اذا شهد اثنان على الطلاق والزوج غائب لا يقبل لعدم الشهادة على الخصم ولو كان الزوج حاضرا يقبل وان لم توجد دعوى المرأة بطريق الحسبة وهذا في الشهادة عند القاضي أما اذا قالوا لامرأة الغائب ان زوجك طلقك أو أخبرها بذلك واحد عدل فاذا انقضت عدتها حل لها أن تتزوج آخر كذا في الفصول اهـ اتقاني

تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاع لم يتزوج بأختها ولا بأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته بعد النكاح حيث يقبل خبر الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لا يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كان المنافي طارئا قال رحمه الله (وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر) معناه اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا وأخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر بدينه وان كان البائع كافرا جاز له أخذه والفرق أن البيع في الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الكافر وملكه البائع فيحل الاخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفي النهاية عن محمد هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه وهو مشكل فانه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد رحمه الله أيضا لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط عنده وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو لا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال في النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيأ وهو أولى لهم ويردونها على أربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر الرد على صاحبه قال رحمه الله (واحتكار قوت الآدمي والبهيمة في بلد يضر بأهله) أي يكره الاحتكار في القوت اذا كان يضر بأهل البلد لقوله عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وتلقي الجلب على هذا التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة اذا قصرت لا تكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت تكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام

(قوله حيث يقبل خبر الواحد فيه) أي لان هذا من باب الديانة فيقبل فيه خبر الواحد اه اتقاني (قوله وعلى هذا الاصل يدور الفرق) أي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله يعني اذا كان الاخبار في غير موضع المنازعة يقبل قول الواحد واذا كان في موضع المنازعة لا يقبل اه غاية (قوله فقالت) ولو قالت ان سيدي قد أعتقني حل له أن يتزوجها اه غاية (قوله لتحقق المنازع) أي وهو ذو اليد اه (قوله اذا كان يضر بأهل البلد) قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن أبي يوسف الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكاره وقال الاحتكار أن يحبسه عنده أكثر السنة فان حبسه عنده شهرا أو نحو ذلك فانه على قدر ما يحبسه وقال هشام عن محمد الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب حكرة ولا في الارز ولا في العسل ولا في السمن ولا في الزيت حكرة وقال أبو يوسف في الزيت حكرة الى هنا لفظ الكرخي وجه قول أبي يوسف عموم النهي عن الحكرة بلا فصل لان الضرر يلحق بحكرة هذه الاشياء كالحنطة ولمحمد أن الادهان والعسل ليس بها قوام الابدان فلا يضر عدمها كما في سواها وهذا لان الحاجة اللازمة الدائمة في الاقوات دون غيرها فلا يكره حبس غير الاقوات قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وأما قول محمد ان حبس الارز ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به وأما في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار وأما الثياب فلان قوام الابدان وبقاء الحياة لا يتوقف عليها قاله الاتقاني (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) قال الاتقاني قال الفقيه أبو الليث في كتاب تنبيه الغافلين روى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون قال الفقيه انما أراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه الى بلده فيبيعه فهو مرزوق لان الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضر بالناس ولان في ذلك تضييقا على المسلمين فلم يجز ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان اه وكتب ما نصه قيل اللعن على قسمين أحدهما الطرد من رحمة الله وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الالقاء عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد بقوله المحتكر ملعون لان عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة كذا في الكفاية اه (قوله ثم قيل هي) أي مدة الاحتكار التي يمنع منها اه غاية

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله و برئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر
ومافوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص
لقحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا وأما الاثم فيحصل وان قلت المدة فالحاصل أن التجارة في
لطعام غير محمودة قال رحمه الله (لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر) أي لا يكره احتكار غلة أرضه أو
احتكار ما جلبه من بلد آخر لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا ألا ترى أن له أن
لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وهذا في المجلوب قول أبي حنيفة خاصة لان حق العامة يتعلق بما
جلب وجمع في المصر أو في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد آخر فاذا نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق
حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له أن لا ينقل كما كان له أن لا يزرع
فكذا له أن لا يبيع ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله يكره له حبس ما جلبه من بلد آخر لاطلاق ما روينا ولالحاق
الضرر بالعامة ولانه يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيره لهم أو يجلبوه هم لانفسهم كما نقله هو وجلبه
فكان بحبسه مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما اذا حبس المجلوب الى المصر أو فنائه بخلاف ما زرعه
في ضيعته لانعدام هذا المعنى وقال محمد ان نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه
لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر ألا ترى أنه كان ينقل لو لم يأخذه هو بخلاف ما اذا نقله من بلد
بعيد لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم ألا ترى أنه لو لم يأخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة
ضيعته قال رحمه الله (ولا يسعر السلطان الا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا) لقوله عليه
الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البائع فكان اليه
تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون
تعديا فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والنظر
فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى عن ذلك فباعه بثمن فوقه أجازه القاضي وهذا لا يشكل عند أبي حنيفة لانه
لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم بعينهم
لا يكون حجرا بل يكون فتوى في ذلك وينبغي للقاضي أو السلطان أن لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا
الامر ولا بالتسعير بل يأمره بان يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار
ويعظه ويزجره عنه فاذا رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه
ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر الا اذا أبوا أن يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة
حقوقهم الا به فلا بأس به بمشورة أهل الرأي على ما بينا وان امتنع من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه كما في بيع مال
المديون وقيل يبيعه بالاجماع لان أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع
منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع هكذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط وفي شرح المختار
أن البائع ان كان يخاف اذا نقص أن يضربه الامام لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه أن
يقول له بعني بما تحب فحينئذ بأي شئ باعه يحل ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما
بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم أو لحما فأعطاه البائع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع
عليه بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري من غير أهل تلك البلدة كان له أن
يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا
فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم ولو خاف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ
الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عنهم كما في
حال المخمصة ذكره في شرح المختار قال رحمه الله (وجاز بيع العصير من خمار) لان المعصية لا تقوم

(قوله ومافوقه كثير آجل) وقد روينا قبل عن مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه قدر مدة الاحتكار بأكثر السنة
اهـ غاية (قوله ويقع التفاوت في المأثم الخ) يعني ان اثم من تربص القحط أعظم من اثم من تربص عزة الطعام وهي الغلاء اهـ غاية (قوله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا) يعني أن تقدير مدة الاحتكار للمعاقبة في الدنيا حتى يعزر الامام المحتكر ويهدده أما الاثم فيحصل وان قلت مدة الاحتكار اهـ غاية البيان (قوله غير محمودة) أي بطريق الاحتكار وأما الاسترباح فيه بلا احتكار فلا بأس به كذا في الفوائد شاهية اهـ (قوله في المتن ولا يسعر السلطان الخ) وقال مالك يجب التسعير على الوالي دفعا للضرر عن العامة اهـ غاية (قوله وقوت أهله على اعتبار السعة) أي في قوته وقوت أهله اهـ غاية (قوله قيل لا يبيع) أي القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه اهـ (قوله كما في بيع مال المديون) أي المفلس اذا امتنع عن البيع اهـ (قوله وقيل يبيعه بالاجماع) قال الاتقاني وقيل يبيعه بالاتفاق واليه ذهب القدوري في شرحه قال وقد قال أصحابنا اذا خاف الامام على أهل المصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا حجرا وانما هو للضرورة ومن اضطر الى مال غيره وخاف الهلاك جاز له أخذه بغير رضاه اهـ (قوله وقالا لا ينبغي) أي لا يجوز وبه قالت الثلاثة اهـ

بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسبيبا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير يصلح للاشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد الى اختياره قال رحمه الله (واجارة بيت ليتخذ بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد) أى جاز اجارة البيت ليتخذه معبد الكفار والمراد ببيت النار معبد المجوس وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغى أن يكريه لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه لقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها أو يأتيها من دبرها أو بيع الغلام من لوطى والدليل عليه انه لو آجره للسكنى جاز وهو لا بد له فيه من عبادته وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من احداث المعبد واظهار بيع الخمور والخنازير فى الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها فلا يعارض باظهار شعائر الكفر بخلاف السواد قالوا هذا فى سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل ذمة وأما فى سواد غيرها فيه شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها فى الاصح قال رحمه الله (وحمل خمر لذمى بأجر) أى جاز ذلك أيضا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو مكروه لانه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة وعد منها حاملها وله أن الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تسبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة أو التخليل فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو قطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجره دابة لينقل عليها الخمر أو آجره نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يكره وفى المحيط لا يكره بيع الزنانير من النصرانى والقلنسوة من المجوسى لان ذلك اذلال لهما وبيع المكعب المفضض للرجال أن يشتريه ليلبسه يكره لانه اعانة له على لبس الحرام ولو أن اسكافا أمره انسان أن يتخذ له خفا على زى المجوس أو الفسقة أو خياطا أمره انسان أن يخيط له ثوبا على زى الفساق يكره له أن يفعل له ذلك لان هذا تسبب فى التشبه بالمجوس والفسقة قال رحمه الله (وبيع بناء بيوت مكة وأراضيها) يعنى يجوز أما البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه ألا ترى أنه لو بنى فى المستأجر أو الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه وأما أرضها فالمذكور هنا قول أبى يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة لان أراضيها مملوكة لاهلها لظهور آثار الملك فيها وهو اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من أقوى الحجج وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع أراضيها لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ويكره اجارة أرضها لقوله عليه الصلاة والسلام من أكل أجور أرض مكة فكأنما أكل الربا ولان أراضى مكة كانت تدعى فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوائب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره فيها ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه

(قوله لقطع نسبته عنه) قال فخر الدين قاضيخان فى شرحه أصل هذا اذا باع العصير ممن يتخذه خمرا عند أبى حنيفة يجوز ولا يكره وعندهما يكره اه غاية (قوله أو بيع الغلام من لوطى) قال الولوالجى فى بيوع فتاواه رجل له عبد أمرد أراد أن يبيعه من فاسق يعلم أنه يعصى الله فيه غالبا يكره هذا البيع لانه اعانة على المعصية اه غاية وكتب ما نصه ذكر فى باب بيوع أهل الذمة من المحيط المسلم الفاسق اذا اشترى عبدا أمرد وكان ممن يعتاد اتباع الامرد يجبر على بيعه دفعا للفساد اه (قوله وقالا هو مكروه) قال فخر الاسلام قول أبى حنيفة قياس وقولهما استحسان غاية وكتب ما نصه لا اعانة على المعصية فيكره لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان اه غاية (قوله وعد منها حاملها) وانما لعن الحامل لاعانته على المعصية اه غاية (قوله المقرون بقصد المعصية) أى وهو شرب الخمر ولا كلام لنا فيه فان ذلك مكروه اه غاية (قوله ومن وضع درهما عند بقال الخ) قال الكرخى فى مختصره فى كتاب الصرف وكل قرض جر منفعة لا يجوز مثل أن يقرض دراهم غلة على أن يعطيه صحاحا أو يقرض قرضا على أن يبيع به بيعا لانه روى أن كل قرض جر منفعة فهو ربا وتأويل هذا عندنا أن تكون المنفعة موجبة بعقد القرض مشروطة فيه وان كانت غير مشروطة فيه فاستقرض غلة فقضاه صحاحا من غير أن يشترط عليه جاز وكذلك لو باعه شيأ ولم يكن شرط البيع فى أصل العقد جاز ذلك ولم يكن به بأس الى هنا لفظ الكرخى فى مختصره وذلك لان القرض تمليك الشئ بمثله فاذا جر نفعا صار كأنه استزاد فيه الربا فلا يجوز ولان القرض تبرع وجر المنفعة يخرجه عن موضعه وانما يكره اذا كانت المنفعة مشروطة فى العقد واذا لم تكن مشروطة فيه يكون المقترض متبرعا بها فصار كالرجحان الذى دفعه صلى الله عليه وسلم فى بدل القرض وقد روى عن ابن عمر أنه كان يستقرض فاذا خرج عطاؤه أعطاه أجود مما أخذ قال القدورى فى شرحه والذى حكى عن أبى حنيفة أنه أقرض رجلا مالا ثم جاء ليقبضه فلم يقف فى ظل حائطه ووقف فى الشمس حتى يخرج

ماشاء كره له ذلك لانه اذا ملكه الدرهم فقد أقرضه اياه وقد شرط أن يأخذ منه ما يريد من التوابل والبقول وغير ذلك مما يحتاج اليه شيأ فشيأ وله في ذلك نفع وهو بقاء درهمه وكفايته للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فيصير في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي أن يودعه اياه ثم يأخذ منه شيأ فشيأ وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة أمانة قال رحمه الله (وتعشير المصحف ونقطه) لان القراءة والآي توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فبالتعشير حفظ الآي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود أنه قال جردوا القرآن فذاك في زمنهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا يرون النقط مخلا بحفظ الاعراب والتعشير بحفظ الآي ولا كذلك العجمي في زماننا فيستحسن لعجز العجمي عن التعلم الا به وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور وعد الآي فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان قال رحمه الله (وتحليته) أي يجوز تحلية المصحف لما فيها من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كانت التحلية بذهب أو فضة غير مموه قال رحمه الله (ودخول ذمي مسجدا) أي جاز ادخال الذمي جميع المساجد وقال مالك رحمه الله يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وعدى مالك الى سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضي الله عنهم المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاستهم شئ وانما نجاستهم على أنفسهم وروي أن أبا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والنجاسة المذكورة في الآية هي الخبث في اعتقادهم لان كل قبيح رجس وهو النجس ألا ترى أن الازلام والميسر سميت في القرآن رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الآية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ماذكره أهل التفسير وكان الحكم لهم فيفعلون ما أرادوا ولما أعلى الله تعالى كلمته ونصر دينه وفتح على المسلمين بعد الفتح نهوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية قال رحمه الله (وعيادته) أي تجوز عيادة الذمي لما روي أن يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند رأسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى أبيه فقال له أبوه أجبه فأجابه وشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ثم مات وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ولا بأس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم فانه عليه الصلاة والسلام لم يزد حين رد على اليهودي ولا يبدأه بالسلام لان فيه تعظيمه وتكريمه وان كان له حاجة اليه فلا بأس ببداءته به ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه عليه الصلاة والسلام قال اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفع المسلمين باداء الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الاختلاف الدعاء له بالعافية وهذا اذا كان من أهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده لانه أبعد عن الاسلام من أهل الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه وتأليفه وقد ندبنا اليه واختلفوا في عيادة الفاسق أيضا والاصح انه لا بأس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين واذا مات الكافر قال لوالده أو قريبه في تعزيته أخلف الله عليك خيرا منه وأصلحك أي أصلحك

اليه فلا أصل له وأبو حنيفة أفقه من ذلك لان الوقوف تحت الحائط ليس بمنفعة تملك ولا أوجبها القرض ولو منع من ذلك لمنع من الجلوس في سراجه لانه انتفاع به وهذا لا شبهة فيه اه اتقاني (قوله وله) أي للمقرض اه (قوله وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور الخ) قال في شرح الطحاوي لابي بكر الرازي في كتاب الكراهية وكان الشيخ أبو الحسن يقول لا يكره ما يكتب في تراجم السور حسب ما جرت به العادة لان في ذلك ابانة عن معنى السورة وهو بمنزلة كتابة التسمية في أوائلها للفصل اه (قوله والمراد بالمنع المذكور في الآية الخ) قال الاتقاني والآية عند أصحابنا محمولة على أن يمنعوا من تولي المسجد الحرام والقيام بمصالحه ويعزلون عن ذلك أو على طوافهم عراة كما كانوا يفعلون ذلك في الجاهلية فأمر الله بتنزيه المسجد الحرام عن ذلك لا أن نفس الدخول ممنوع يدل على هذا ما حدث البخاري في جامعه الصحيح باسناده الى حميد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر بعثه في الحجة التي أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع في رهط يؤذن في الناس ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان اه (قوله وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الخ) قال محمد وبه نأخذ لا نرى بعيادة اليهود والنصارى والمجوس بأسا كذا في كتاب الآثار لمحمد قال الاتقاني ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعيادته ولكن المشايخ اختلفوا بالاسلام فيه (قوله لانه أبعد من الاسلام عن أهل الكتاب) ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى اه اتقاني

(قوله وأحسن عزاءك) قال في المصباح وعزيته تعزية قلت له أحسن الله عزاءك أي رزقك الله الصبر الحسن والعزاء مثل سلام اسم من ذلك مثل سلم سلاما وكلم كلاما وتعزى هو تصبر وشعاره أن يقول إنا لله وإنا إليه راجعون اهـ (قوله والموجوء هو الخصي) فيه نظر تقدم في الأضحية اهـ (قوله كان لأجل تكثير الخيل) وكانت الخيل في بني هاشم قليلة فأحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تكثر فيهم اهـ اتقاني (قوله في المتن وقبول هدية العبد التاجر الخ) قال الكرخي في كتاب المأذون من مختصره لو أهدى المأذون

بالإسلام ورزقك ولدا مسلما لأن الخيرية به تظهر ويقول في تعزية المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وكثر عددك قال رحمه الله (وخصاء البهائم) أي جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوءين والموجوء هو الخصي ولأن لحمه يطيب به ويترك النطاح فكان حسنا قال رحمه الله (وإنزاء الحمير على الخيل) لأنه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو لم يجز لما فعله لأن فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لأجل تكثير الخيل قال رحمه الله (وقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين) يعني الدراهم والدنانير والقياس أن لا يجوز الكل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا لأنه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع إليه المجاهزون ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وقد صح أن سلمان الفارسي أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم هدية قبل أن يعتق فقبلها النبي صلى الله عليه وسلم وقبل هدية بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه قال دعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر رضي الله عنهم فحضرت الصلاة فقدموني وأنا يومئذ عبد ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي على الأصل قال رحمه الله (واستخدام الخصي) أي يكره استخدام الخصي لأن فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثلة وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فتحرم قال رحمه الله (والدعاء بمعقد العز من عرشك) أي يكره أن يقول في دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان معقد ومقعد فالأولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولا شك في كراهة الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الأولى لأنه يوهم أن عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم لأنه صفته وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها في الأزل ولا يزال في الأبد ولم يزدد شيئا من الكمال لم يكن له في الأزل بحدوث العرش وغيره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة والأحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي إذ المتشابه يثبت بالقطعي ولو جعل العز صفة للعرش كان جائزا لأن العرش موصوف في القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة وإظهار كمال القدرة وإن كان الله تعالى مستغنيا عنه قال رحمه الله (وبحق فلان) أي يكره أن يقول في دعائه بحق فلان وكذا بحق أنبيائك وأوليائك أو بحق رسلك أو بحق البيت أو المشعر الحرام لأنه لا حق للخلق على الله تعالى وإنما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب عليه أن يأتي بذلك شرعا وإن كان الأولى أن يأتي به قال رحمه الله (واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه

هدية أو دعا رجلا إلى منزله فغداه أو أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا ليلبسه فذلك جائز لا بأس به ولا ضمان على الرجل الحر في شيء من ذلك إن عطبت الدابة تحته أو تخرق الثوب من لبسه ولا بأس أن يقبل الرجل ذلك من العبد كان على العبد دين أو لم يكن وهذا استحسان من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وليس بقياس اهـ وبلغنا عن عمر بن الخطاب أنه سئل عن العبد يتصدق بالشيء قال بالرغيف ونحوه ولا بأس بصدقة العبد المأذون له بالطعام وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ليس للعبد المأذون أن يهب درهما ولا يتصدق به ولا يكسو ثوبا وإنما أستحسن من ذلك في الطعام ونحوه اهـ اتقاني (قوله روي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه قال) أي قال أعرست وأنا عبد فدعوت الخ اهـ غاية (قوله لاستحالة معناها على الله) أي لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول المجسمة وهو قول باطل اهـ (قوله وعن أبي يوسف الخ) قال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف لا أكره هذا وأكره بحق فلان وبحق أنبيائك ورسلك وبحق البيت والمشعر الحرام وهذا النحو إلى هنا لفظ الكرخي اهـ غاية (قوله أنه لا بأس به) وبه قالت الثلاثة اهـ عيني (قوله في المتن واللعب بالشطرنج الخ) أما النرد فحرام بالإجماع وأما الشطرنج فإن قامر به فهو حرام بالإجماع لأن الله تعالى حرم القمار وإن لم يقامر فكذلك عندنا اهـ اتقاني

وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية نار الافهام والحجة عليه ما روينا وما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر الله عز وجل غالبا فيكون حراما كالنردشير والنرد قال عليه الصلاة والسلام من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير رواه مسلم وأحمد وأبو داود وعن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك وأحمد وغيرهما وأما منفعته التي ذكرها فمغلوبة تابعة والعبرة للغالب في التحريم ألا ترى الى قوله تعالى وإثمهما أكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم وهل رؤي من يلعب بالشطرنج يصلي فضلا عن الجماعة وان صلى فقلبه متعلق به فكان في اباحته اعانة الشيطان على الاسلام والمسلمين ثم ان كان يقامر به سقطت عدالته وان لم يقامر وكان ستأ ولا ولم يصده ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه أبو يوسف ومحمد تحقيرا لهم وروى أن عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام وروى أنه ضرب على رؤسهم ولا بأس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب واحد بأن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شئ لي لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر رواه أحمد وأبو داود وجماعة أخر وحرم لو شرط المال من الجانبين بأن يقول ان سبق فرسك أعطيتك كذا وان سبق فرسي فأعطني كذا الا اذا أدخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن أيهما سبق صاحبه أخذ المال المشروط وكذا المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب صح وان شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه لا يجوز كما في المسابقة قال رحمه الله (وجعل الراية في عنق العبد) أي لا يجوز وهو معطوف على اللهو وصورته أن يجعل في عنقه طوق مسمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية انه علامة بانه آبق وقال لا بأس به في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق قال رحمه الله (وحل قيده) أي جاز قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق بخلاف الراية لانه محدث وشر الامور محدثاتها قال عليه الصلاة والسلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار قال رحمه الله (والحقنة) أي جازت الحقنة للتداوي وجاز أن ينظر الى ذلك الموضع للضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء واذا أصاب الدواء الداء برئ باذن الله تعالى رواه مسلم وأحمد وروى أن الاعراب قالت يا رسول الله ألا نتداوى قال نعم عباد الله تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء أو دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ورواه جماعة ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابن عباس أن امرأة سوداء أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني أبرسم واني أتكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت الله تعالى أن يعافيك فقالت أصبر فاني أتكشف فادع الله أن لا أتكشف فدعا لها رواه أولئك الثلاثة ولنا ما روينا وروى البخاري وأحمد أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أنزل الله تعالى داء الا أنزل له شفاء وروى أنه عليه الصلاة والسلام تداوى واحتجم وقال جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن معاذ في أكحله مرتين رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه ولا جناح على من تداوى اذا كان يرى أن الشافي هو الله دون الدواء وان الدواء جعله سببا لذلك والمعافى في

قال ابن دريد هو أعجمي معرب وقد جاء في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه اهـ وفي نهاية ابن الاثير النرد اسم أعجمي معرب وشير بمعنى حلو اهـ وفي لسان العرب والنرد معروف شئ يلعب به وليس بعربي وهو النردشير اهـ (قوله ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأسا الخ) وأورد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا لعب بالشطرنج يريد بذلك تعلم الحرب قيل له يكون وزره أشد لانه اتخذ آيات الله هزوا لانه يرتكب المعصية ويظهر من نفسه أنه يريد الطاعة اهـ غاية (قوله ولا بأس بالمسابقة الخ) ترجم الشيخ الشلبي هنا فقال ﴿فصل في المسابقة﴾ (قوله لا يجوز كما في المسابقة) وستأتي أحكام المسابقة بأتم من هذا في مسائل شتى آخر الكتاب اهـ (قوله وصورته أن يجعل في عنقه طوق) أي من حديد اهـ اتقاني وفي شرح العيني بخطه طوق من خشب اهـ قوله من حديد وكذا في شرح منلا مسكين اهـ (قوله في المتن وحل قيده) والذي بخط الشارح وحل عقده اهـ

الحقيقة هو الله تعالى عند ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار ما يدل على كراهية التداوى فذاك اذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لما سلم ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوى ولا فرق فى الحقنة بين الرجل والمرأة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل تداو لا يجوز الا بالطاهر لما روى ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلام قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ذكره البخارى وعن أبى الدرداء أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام رواه أبو داود ويجوز التداوى بالعظام كلها سواء كانت من الذكية أو من الميتة غير أنه اذا كانت من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن الذكية يجوز كيفما كان الا عظم الخنزير والآدمى الخنزير لنجاسته والآدمى لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع بأجزائه ولا بأس بالرقى لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهى عنه عليه الصلاة والسلام محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر ألا ترى الى ما روى عن عروة بن مالك أنه قال كنا فى الجاهلية نرقى فقلنا يا رسول الله كيف ترى فى ذلك فقال اعرضوا على رقاكم لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك رواه مسلم وأبو داود وعن ابن مسعود أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الرقى والتمائم والتولة شرك رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والتولة ضرب من السحر قال الاصمعى هو تحبيب المرأة الى زوجها وعن جابر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرقى فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا يا رسول الله انه كانت رقية يرقى بها من العقرب فانك نهيت عن الرقى قال فعرضوها عليه فقال ما أرى بأسا من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل رواه مسلم وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مرض أحد من أهله نفث عليه المعوذات فلما مرض مرضه الذى مات فيه جعلت أنفث عليه وأمسحه بيد نفسه لانها أعظم بركة من يدى رواه البخارى ومسلم وأحمد والتداوى لا يمنع التوكل ولو أخبره طبيب بالدواء فلم يتداو حتى مات لا يأثم بخلاف ما اذا جاع ولم يأكل مع القدرة عليه حتى مات حيث يأثم لان زوال الجوع بالاكل متيقن به باعتبار العادة فان الله أجرى العادة بازالة الجوع وخلق الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه أصلا بخلاف المرض عند التداوى فانه فى حيز التردد وقال فى النهاية يجوز التداوى بالمحرم كالخمر والبول اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل انه قاله فى داء عرف له دواء غير المحرم قال رحمه الله (ورزق القاضى) أى حل رزق القاضى من بيت المال لان بيت المال أعد لمصالح المسلمين والقاضى محبوس لمصالحهم والحبس من أسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة يعطى منه ما يكفيه وأهله على هذا كانت الصحابة والتابعون رضى الله عنهم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان أبو بكر والخلفاء من بعده يأخذون كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بان جمع بباطل لم يحل له أخذه لانه مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان القاضى محتاجا فالافضل له أن يأخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا به اذ اشتغاله بالكسب يمنعه عن اقامة ما عليه وان كان غنيا كذلك يأخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة الدائمة وفيه صيانة للحكم عن أن يهون عند الملوك ونظر لمن يجىء بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر رده عند تولية المحتاج هذا اذا أعطوه من غير شرط ومعاقدة

(قوله ولا يجوز بالنجس الخ) اذا سال الدم من أنف انسان فيكتب بالدم على جبهته وأنفه يجوز للاستشفاء والمعالجة ولو كتب بالبول ان علم أن فيه شفاء لا بأس به لكن لم ينقل وهذا لان الحرمة تسقط عند الاستشفاء ألا ترى ان العطشان يجوز له شرب الخمر والجائع يحل له أكل الميتة اه ولوالجى فى الفصل الثانى من الكراهية وذكر الولوالجى فى الفصل الثامن من الكراهية ما نصه التداوى بلبن الاتان اذا أشاروا اليه لا بأس به هكذا ذكر فى بعض المواضع وفيه نظر لان لبن الاتان حرام والاستشفاء بالمحرم حرام اه (قوله وكذا كل تداو الخ) ذكر الشارح قبيل قول المصنف وعشرون دلوا أن التداوى بالطاهر الحرام كلبن الاتان لا يجوز فما ظنك بالنجس اه وكتب ما نصه سيأتى فى آخر المقالة نقلا عن النهاية ما يخالف هذا اه (قوله قال ان الله أنزل الداء الخ) وهذا اذا فعل الحقنة للدواء فان فعل لاجل السمن فعن أبى يوسف لا بأس به لان الهزال اذا تناهى به يورث السل اه غاية (قوله والتولة) كذا ضبطه الشارح اه (قوله والتداوى لا يمنع التوكل) قال فخر الاسلام البزدوى وغيره المذهب عند أهل السنة والجماعة وأئمة الفتوى أن التوكل المأمور به بعد كسب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب يعنى أن التوكل مع مراعاة الاسباب لا مع قطع الاسباب لكن بعد مراعاة الاسباب يعتمد على الله تعالى لا على الاسباب واحقنه من هذا القبيل اه اتقانى (قوله وقال فى النهاية الخ) هذا الذى نقله عن النهاية نقله عنها أيضا فى الاشربة وذكر أن صاحب النهاية عزاه الى الذخيرة اه (قوله وفرض له) أى كل سنة بأربعين أوقية اه غاية

كعقد الاجارة وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات وتسميته رزقا يدل على أن ما يأخذه مقدر بالكفاية وانه ليس باجر وقد جرى الرسم باعطائه فى أول السنة لان الخراج كان يؤخذ فى أول السنة وهو يعطى منه وفى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية فى الصحيح وعليه الفتوى ولو أخذ الرزق فى أول السنة ثم عزل قبل مضى السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقى من السنة وقيل هو على الاختلاف فى الزوجة على ما بيناه قال رحمه الله (وسفر الامة وأم الولد بلا محرم) أى يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا من قبل فكما يجوز للحرة أن تسافر مع المحرم فكذا هى مع الاجنبى وأم الولد أمة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند أبى حنيفة رحمه الله لانها كالمكاتبة عنده وفى الكافى قالوا هذا فى زمانهم لغلبة أهل الصلاح فيه وأما فى زماننا فلا لغلبة أهل الفساد فيه ومثله فى النهاية معزيا الى شيخ الاسلام قال رحمه الله (وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو فى حجرهم) أى يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه اذا كان الصغير فى حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو فى يده ولياً كان أو لم يكن ولياً كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبى بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد ونوع هو متردد يحتمل أن يكون نفعا ويحتمل أن يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان الصغير فى أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط أن يكون فى أيديهم وهكذا ذكره فى الكافى واستئجار الظئر من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوى الارحام عند عدمهم عند أبى حنيفة ولا يجوز من غيرهم وقد عرف فى موضعه قال رحمه الله (وتؤجره أمه فقط) معناه ان الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها تؤجره اذا كان فى حجرها ولا يؤجره الاخ ولا العم ولا الملتقط والفرق أن الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفى رواية القدورى يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه فى صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير ولو آجر الصبى نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان الصغير فى يد العم فاجرته أمه صح لانه من الحفظ وهذا عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز

كتاب احياء الموات

قال رحمه الله (هى أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر) هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به وأما تفسير الحياة فظاهر والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فأحيينا به الارض بعد موتها وقوله غير مملوكة أى فى الاسلام لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمى كان ملكه باقيا فيها لعدم ما يزيله فلا تكون مواتا ثم ان عرف المالك فهى له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى جميع اللقطات والاموال الضائعة ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شئ عليه وقال القدورى رحمه الله فما كان منها عاديا أو كان مملوكا

عند محمد خلافا لابى يوسف واليه أشار الخصاف فى نفقاته والصحيح هو القول الاول كذا ذكر الشهيد وفخر الدين قاضيخان اه غاية وكتب ما نصه وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول أبى يوسف لا يجب اه غاية (قوله وذلك مثل البيع الخ) سيجىء فى الوصية أن الوصى لا يتجر فى مال الصغير وتقدم فى المزارعة أن الاب والوصى يملكان زراعة مال الصغير اه وأما اقراض مال اليتيم فمذكور فى مسائل شتى اه (قوله ولو آجر الصبى نفسه لا يصح) أى لا يلزم اه نهاية

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره اه اتقانى رحمه الله تعالى (قوله فى المتن أو لغلبته عليها) أى وما أشبه ذلك بأن تصير الارض سبخة أو يغلب عليها الرمال اه (قوله لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمى) أى وصارت خرابا وانقطع الماء عنها وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب اه (قوله فلا يكون مواتا) أى حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا اه غاية (قوله ثم ان عرف المالك فهى له) أى أو لوارثه ان عرف اه

في الاسلام لايعرف له مالك بعينه مراده بالعادي ماقدم خرابه كأنه منسوب الى عاد لخرابه من عهدهم وجعل المملوك في الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات لالانه موات حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر هو قول أبي يوسف رحمه الله وحد البعد أن يكون في مكان بحيث لو وقف انسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا وعند محمد رحمه الله يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لايجوز احياء ما ينتفع به أهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء مالا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وشمس الائمة السرخسي اعتمد قول أبي يوسف قال رحمه الله (ومن أحياه باذن الامام ملكه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه من أحياه ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق بها رواه أحمد والبخاري وقال عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له رواه أحمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبقت يده اليه فكان أحق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه ولان هذه الاراضي كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدي المسلمين فصارت فيأ ولا يختص بالفيء أحد دون رأي الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به من الصيد وأمثاله لانها لم تكن في أيدي الكفرة فلم تكن في حكم الفيء ومرويهما كان اذنا منه عليه الصلاة والسلام لانصب شرع كقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب لانصب شرع على ما بيناه في موضعه ثم اذا أحياها هل هي خراجية أو عشرية فهي على ما بيناه في السير وبينا الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح أن الاول أحق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك ولو أحيا أرضا ميتة ثم أحيط الاحياء بجوانبه الاربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد رحمه الله لانه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لايختلفان في سبب الملك قال رحمه الله (وان حجر لا) أي ان حجر الارض لايملكها بالتحجير لانه ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر أو بحصاد مافيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها أو باحراق مافيها من الشوك وغيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها ولا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر أو الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار ينبغي أن تكون عامة حتى تشمل جميع المتحجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المتحجر له أن يتحجر أي موضع شاء من دار الاسلام وأقصى دار الاسلام يقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لاحد أن يحيي ذلك الموضع حتى تمضي عليه ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة وأما في الحكم فاذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها

(قوله لخرابه من عهدهم) أي لا أن يكون منسوبا الى عاد لان جميع أراضي الموات لم تكن لعاد اه غاية (قوله بحيث لو وقف انسان) أي جهوري الصوت اه غاية (قوله فلا يكون) أي القريب على مذهبه اه غاية (قوله وشمس الائمة اعتمد قول أبي يوسف) يعني أخذ بقوله وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتا وعليه اعتمد القدوري أيضا اه غاية (قوله في المتن ومن أحياه) أي بان كربه وسقاه اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وقد أخذ الطحاوي في مختصره بقول أبي حنيفة اه غاية (قوله وقالا يملكه من أحياه الخ) والشافعي أخذ بقولهما اه غاية (قوله كان اذنا منه) أي لقوم معينين اه غاية (قوله لانصب شرع) حتى يكون عاما اه غاية قوله حتى يكون عاما أي كقوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ اه غاية كل ما نقل عن الشارع على وجهين شرع واذن بشرع فالاول قوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف وانه كثير النظير والثاني قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه لان السلب ليس للقاتل عندنا مالم يقل الامام من قتل قتيلا فله سلبه ثم قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهي له عندهما شرع وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذن بالشرع اه مشكلات خواهر زاده (قوله في المتن وان حجر) بالتشديد ويجوز فيه التخفيف لان المراد منع الغير من الاحياء وفي المبسوط اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لانه اذا أعلم في موضع الموات علامة فكأنه منع الغير من احياء ذلك الموضع فسمي فعله تحجيرا اه مجتبى (قوله وهو المنع أي لا من الحجر بفتح الجيم لانه ليس بشرط اه مجتبى

(قوله ونظيره الاستيام) أى على سوم غيره فانه يكره ولو فعل يجوز العقد اه (قوله أوضرب عليها المسناة) والمسناة ما تبنى للسيل لترد الماء اه غاية (قوله تحقيقا أوتقديرا) التحقيق عند محمد والتقدير عند أبى يوسف اه من خط الشارح (قوله على ما بينا) أى أول الباب اه (قوله وعلى هذا قالوا الخ) هكذا قال فى الكافى اه (قوله فى المتن ومن حفر بئرا فى موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب) قال الولوالجى والتقدير بأربعين فى ديارهم لان أراضيهم صلبة أما أراضينا رخوة فيزاد على الاربعين متى احتاج اليه حتى لا تتعطل منفعة بئره لعل يجيء آخر فيحفر بئرا فوق الاربعين فيتحول الماء اليه لرخوه اه وكتب ما نصه قال الاتقانى قال الطحاوى فى مختصره ومن حفر بئرا العطن فى أرض ميتة فلكها على ما ذكرنا من الاختلاف فى الوجه الذى يملكها فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون له الى ما يتناهى اليه الحبل وان كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون له الى منتهى حبلها الى هنا لفظ الطحاوى اه وكتب على قوله فله حريمها ما نصه حريم البئر نواحيه اه غاية (قوله من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا) عطنا لماشيته اه غاية قال الاتقانى والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها اه (قوله شفير البئر) قال فى المغرب وشفير البئر أو النهر حرفه اه (قوله ولا فرق فى ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح) والاصح والمراد من بئر العطن التى يستقى منها باليد ومن بئر الناضح التى يستقى منها بالبعير كذا قالوا اه غاية وسيأتى ذلك قريبا فى كلام الشارح اه

لتحقق سبب الملك منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر لها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا فهو احياء كذا فى المبسوط وذكر فى الهداية ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال رحمه الله (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا على ما بينا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى منها الماء قال رحمه الله (ومن حفر بئرا فى موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب) لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها لانه يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقى الماء والى أن يبنى على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع بأربعين ذراعا ثم قيل الاربعون ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح ولا فرق فى ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كانت للعطن فأربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشاء وفى بئر العطن يستقى بيده فلا بد من التفاوت بينهما وله ما رويناه من غير فصل ومن أصله أن العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وعلى قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الخضراوات صدقة ورجح أصحابنا كلهم قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولا يقال المراد بما روى البئر للعطن بدليل سياقه عطنا لماشيته لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد به مثل قوله تعالى وذروا البيع وكقوله تعالى الذين يأكلون الربا يتناول جميع الاشتغال والمنافع والتقييد بالبيع أو الاكل لكونه غالبا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لان استحقاقه باعتبار عمله وعمله فى موضع البئر خاصة فلا يستحق فيما وراءه ولكنا تركنا القياس بالنص فيقدر ما اتفق عليه الآثار يثبت الاستحقاق فيه وما زاد على ذلك أخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك ولانه يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكنه أن يدير البعير حول البئر ولا يحتاج الى الزيادة قال رحمه الله (وحريم العين خمسمائة) أى خمسمائة ذراع لما رويناه ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجرى اليه ومن موضع يجرى منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأى فى المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا

والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هى المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفى الكافى قيل ان التقدير فى البئر والعين بما ذكرنا الصلابتها وفى أراضينا رخاوة لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية فتتعطل الاولى قال رحمه الله (فمن حفر فى حريمها منع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر فى ملك غيره فاذا حفر رجل فى حريمه كان للاول أن يكبسه لما ذكرنا أنه متعد فيه فكان له أن يمنعه ويزيل تعديه ولو أراد أن يأخذ الثانى بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل بكبسه لانه ازالة تعديه كما اذا وضع شيأ فى ملك غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح وما عطب فى البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى حفرها أما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا باذنه وما عطب فى الثانية فهو مضمون على الثانى لانه متعد بحفره فى ملك غيره ولو حفر الثانى بئرا فى منتهى حريم البئر الاولى باذن الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شئ عليه لانه غير متعد فى فعله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الاول فيه قال رحمه الله (وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) القناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشئ يمكن ضبطه وعن محمد رحمه الله أنه بمنزلة

(قوله والذراع هى المكسرة) أى وهى ذراع العامة وهى ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التى هى ذراع الملك لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام فى كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الابهام وهذا هو اختيار خواهر زاده وبعضهم اختار ذراع المساحة لانها أليق بالممسوحات هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة ولكن فيه نظر لان أصحاب المساحة ذكروا فى كتبهم أن الذراع هى الهاشمية وهى ثمان قبضات والقبضة أربع أصابع والاصبع ست شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون اهـ غاية (قوله بما ذكرنا) أى من الاربعين فى البئر والخمسمائة فى العين اهـ (قوله فاذا حفر رجل الخ) قال الاتقانى فلو احتفر آخر بئرا فى حريم الاول فللاول أن يكبسها تبرعا ويصلح ما أفسد من الارض ولو أراد مؤاخذة الثانى بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ فيه قيل يأمر الحافر الثانى بكبس بئر حفرها ازالة لجنايته حفره كما اذا ألقى كناسة فى أرض غيره تعديا يؤمر برفعها وقيل يضمنه النقصان كما يكبسه بنفسه فتقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره حيث يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه ذكره الخصاف فى أدب القاضى ولفظ الخصاف فى الباب الحادى والعشرين من أدب القاضى وان ادعى على رجل أنه حفر فى أرضه حفرة أضر ذلك بحفره أراد استحلافه على ذلك فادعاء عليه النقصان فى ذلك ويستحلفه القاضى على الحاصل بالله ماله عليك الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا يحلفه على السبب الى هنا لفظ الخصاف ثم لا ضمان (٣٧) فيما عطب فى البئر الاولى سواء أحياها باذن الامام أو بغير اذنه عندهم جميعا وهذا لا يشكل على قولهما لان له أن يحفر بدون اذن الامام ولهذا ملك البئر فى الحالين فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر فى داره وكذلك لا اشكال فى قول أبى حنيفة ان كان حفر باذن الامام أما اذا كان حفرها بلا اذن الامام ففيه اشكال على قوله وحله أن يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم يكن له الاحياء بغير اذنه فيجعل حفره بغير اذن الامام تحجيرا لا احياء فاذا كان كذلك فقد فعل ماله فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد منه وما عطب فى البئر الثانى يضمنه هو عندهم جميعا لانه متعد فى هذا الحفر فانه حفر فى ملك الاول بغير اذنه فصار كما اذا حفر على قارعة الطريق اهـ اتقانى (قوله كما اذا هدم جدار غيره) قال فى القنية بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط هدم جدار غيره فيقوم جداره مع جدرانها ويقوم بدون هذا الجدار فيضمن فضل ما بينهما ثم رقم للاجناس وقال هدم حائط مسجد يؤمر بتسويته واصلاحه وفى حائط الدار يضمن النقصان وعن محمد بن الفضل ان هدم حائطا متخذا من خشب أو عتيقا من رهص يضمن قيمته وان كان حديثا يؤمر باعادته كما كان وفى درر الفقه يؤاخذ فى هدم الحائط بالبناء لا بالنقصان ثم رقم للمحيط وقال يؤاخذ بالقيمة وقيل بالبناء اهـ قال الامام قاضيخان رحمه الله فى كتاب الحظر من فتاواه رجل حفر بئرا فى فناء قوم روى ابن رستم أنه يؤمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط المسجد كذلك أمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط الدار رجل ملكا له أو حفر فيها بئرا يضمن النقصان ولا يؤمر بالتسوية ولا ببناء الحائط اهـ وكتب ما نصه اذا هدم جدار غيره لا يجبر على بنائه والمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن وان شاء أخذ النقض وضمنه النقصان وقال بعض العلماء ان كان الحائط جديدا فعليه الاعادة وان كان خلقا عتيقا لا يجب عليه الاعادة لانه لو أعاده لكان أفضل من الاول وضمان العدوان مقيد بالمثل اهـ استروشنى (قوله فى المتن وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) يعنى اذا أخرج قناة فى أرض موات فهى بمنزلة البئر فلها من الحريم ما للبئر كذا قال فى الاصل ولم يزد على هذا وقال فى الشامل القناة لها حريم مفوض الى رأى الامام لانه لا نص فى الشرع وقال المشايخ هذا

البئر في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة فتعتبر بالنهر قالوا وعند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس في الارض الموات خمسة أذرع حتى لا يملك غيره أن يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره وللوضع فيه وروى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك قال رحمه الله (وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده اليه فهو موات) لانه ليس في ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر قال رحمه الله (وان احتمل عوده اليه لا يكون مواتا) لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه قال رحمه الله (ولا حريم للنهر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشئ وقع فيه اذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين عند الكرى كما في النقل الى أسفله وفيه من الحرج ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ لا انتفاع بهما لا يتأتى بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار الكرى فلعله لا يحتاج اليه أصلا نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى أسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الاصل ألا ترى أن من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البئر لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم فاذا لم يستحق فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فكانت هذه المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة مبتدأة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي حنيفة رحمه الله ان الحريم أشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الآخر مركب على باب دار أحدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب النهر مستعملا له باستمساك مائه به كان صاحب الارض أيضا مستعملا له بدفع الماء عن أرضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له أن يهدمه لان صاحب الارض تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه بذلك فلا يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولآخر عليه جذوع ليس له أن يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة وأرض لآخر خلف المسناة ليس في يد أحدهما بان لم يكن لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناة وادعاها صاحب النهر أيضا فهي لصاحب الارض عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لصاحب النهر حريم لملقى طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما وان كان فيه أشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف أيضا وكذا قيل القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة

الذي ذكر في الاصل قولهما وعند أبي حنيفة لا حريم لها اه غاية (قوله لان صاحب النهر) كذا هو في الكافي وفي خط الشارح لان صاحب الارض فتأمل اه (قوله وقالا) هي اه غاية قوله هي أي المسناة اه (قوله وغير ذلك) الى هنا لفظ الجامع اه

ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه وقال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عند أبى يوسف رحمه الله حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوى وعند محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخى وذكر فى كشف الغوامض أن الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فى نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى فى كل حين أما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق والله أعلم

﴿مسائل الشرب﴾ قال رحمه الله (هو نصيب الماء) أى الشرب بالكسر نصيب الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أى نصيب قال رحمه الله (الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوك ولكل أن يسقى أرضه ويتوضأ به ويشرب به وينصب الرحى عليه ويكرى نهرا منها الى أرضه ان لم يضر بالعامة) أما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل أحد أن ينتفع به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا أحرز فقد ملك فخرج من أن يكون مباحا كالصيد اذا أحرز فلا يجوز لاحد أن ينتفع به الا باذنه وشرط لجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة بأن يميله بالكرى أو نصب الرحى فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلا الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وان كان فى أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والايقاد من لهبها وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك ان كانت فى الصحراء بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه الا اذا لم يكن له قيمة قال رحمه الله (وفى الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقى دوابه لا أرضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع) وانما كان له حق الشرب وسقى الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والآبار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكنس فى أرض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه الى أن يرجع الى وطنه فيحتاج الى أن يأخذ الماء من الآبار والانهار التى تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقى الاراضى حيث يمنع صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا أرضه لان فى اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقى دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته قال رحمه الله (والمحرز فى الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز

﴿مسائل الشرب﴾ (قوله والصواب الخ) أقول كأن الشارح سامحه الله تعالى توهم أن الاضافة فى كلام المصنف بمعنى اللام كغلام زيد ونصيب زيد فبادر الى تخطئة المصنف لعدم ظهور استقامته حينئذ اذ الماء لا نصيب له وهذه غفلة عظيمة من الشارح فان الاضافة فى كلام المصنف ليست بمعنى اللام بل بمعنى من لصدق تعريفها عليه وهو أن يكون المضاف بعضا من المضاف اليه وصالحا لحمله عليه كخاتم حديد وباب ساج فالخاتم بعض الحديد والباب بعض الساج والنصيب بعض الماء ويجوز أن يخبر عن المضاف وهو الحديد والساج والماء بالمضاف اليه فيقال الخاتم حديد والباب ساج والنصيب ماء فظهر لك أن ما قاله المصنف هو الصواب وما قاله الشارح من الخطا العجاب والله الموفق اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء فى ثلاثة الخ) شركة اباحة لا شركة ملك فمن سبق الى أخذ شئ من ذلك فى وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به وهو ملك له دون ما سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه ويجوز فيه وصاياه كما يجوز فى أملاكه اه اتقانى (قوله والمراد بالنار الاستضاءة والاصطلاء بها) قال الاتقانى رحمه الله فأما الشركة فى النار فبيانه ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرح كتاب الشرب وهو أن الرجل اذا أوقد نارا فى مفازة فان هذه النار تكون شركة بينه وبين الناس أجمع حتى لو جاء انسان وأراد أن يستضئ بضوء هذه النار أو أراد أن يخيط ثوبا له حول النار أو يصطلى بها فى زمان البرد أو يتخذ منه سراجا لا يكون لصاحب النار منعه الا أن يكون أوقد النار فى موضع مملوك له فان له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار فأما اذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه أو شيأ من الجمرة فان لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لانه ملكه ولو أطلقنا للناس لم يبق له نار يصطلى بها أو يخبز بها وهذا الاوجه له اه * حكم الكلا ذكره الشارح فى البيع الفاسد عند قوله والمراعى واجارتها اه (قوله بكسر ضفته) أى ضفة النهر وهى حافته ورواها

فكان أخص به كالصيد اذا أحده لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيمن فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه في موضع يعز الماء فيه وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ولا كذلك قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجئ بلفظ الشركاء فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض ألا ترى انه يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان يختص كل واحد منهم بماله ولا يقال هم شركاء فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا يختص بعضهم بشئ منه ولانه لو أورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود كلها حتى حد الزنا ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر فى ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء بقربه فان لم يجد يقال له اما أن تخرج الماء اليه أو تتركه بشرط أن لا يكسر ضفته لان له حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر فى أرض مملوكة له أما اذا احتفر فى أرض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا للكل والاحياء لحق مشترك وهو العشر أو الخراج فلا يقطع الشركة وحكم الكلا حكم الماء حتى اذا كان فى أرض مملوكة قيل للمالك اما أن تقطع وتدفع اليه والا تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضى الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك وان كان الماء محرزا فى الاوانى فليس للذى يخاف الهلاك من العطش أن يقاتله بالسلاح وله أن يقاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل من صاحبه لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفى الكافى قيل فى البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير الى أنه يجوز أن يقاتله بسلاح حيث جعل الاولى أن لا يقاتله به فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشى كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا وقال أكثرهم له أن يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقى الارض ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الاصح وقال بعضهم يتوضأ فى النهر ويغسل الثياب فيه قلنا فى ذلك حرج بين فيدفع ولو أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره وحمل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال بعض أئمة بلخ ليس ذلك الا باذن صاحب النهر والاول أصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها وليس له أن يسقى نخيله وأرضه وشجره من نهر غيره وبئره وقناته الا باذنه نصا وله أن يمنع من ذلك لان الماء اذا دخل فى المقاسمة انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لحفر نهرا الى أرضه فيفضى الى كسر ضفته والى الحفر فى حريم بئره لتسييل الماء الى أرضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه أصلا فصار فى الحاصل المياه ثلاثة أنواع الانهر العظام التى لم تدخل فى ملك أحد والانهار التى هى مملوكة وما صار فى الاوانى فقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله (وكرى نهر غير مملوك من بيت المال) لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكرى منه قال رحمه الله (فان لم يكن فيه شئ يجبر الناس على كريه) أى ان لم يكن فى بيت المال شئ أجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفى تركه ضرر عظيم على الناس وقلما ينفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفى نظيره قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما فى تجهيز الجيوش قال رحمه الله (وكرى ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبى على كريه) لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل

صاحب المغرب بكسر الضاد وفتحها جميعا وفى الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس اهـ غاية (قوله حتى اذا كان فى أرض مملوكة) نقول ان كان يجد المريد الكلا فى موضع (٤٠) آخر غير مملوك لاحد قريب من ذلك الموضع يقال له خذ من ذلك وان لم يجد (٣) اهـ اتقانى (قوله مباح غير مملوك) قال الاتقانى لان الماء فى البئر والعين لم يصر ملكا لمالكه لانه لم يوجد منه احراز فبقى مشتركا بين الناس اهـ (قوله وقال بعضهم يتوضأ الخ) واختلفوا فى التوضؤ بماء الساقية قال بعضهم يجوز وقال بعضهم ان كان الماء كثيرا يجوز والا فلا وكذا كل ما أعد للشرب حتى قالوا فى الحياض التى أعدت للشرب لا يجوز فيه التوضؤ ويمنع منه هو الصحيح ويجوز أن يحمل ماء السقاية الى بيته للشرب كذا فى الفتاوى اهـ اتقانى (قوله ويبغض سفسافها) السفساف الامر الحقير والردىء من كل شئ وهو ضد المعالى والمكارم وأصله ما يطير من غبار الدقيق اذا نخل والتراب اذا أثير اهـ ابن الاثير (قوله والفاصل بين الخاص والعام الخ) قال الاتقانى وجعل محمد الحد الفاصل بين العام والخاص استحقاق الشفعة فقال الخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى أن نذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة فى الشفعة واختلف المشايخ فى تحديد ذلك ولكن أحسن ما قيل فيه من التحديد هو أن الشركاء فى النهر ان كانوا ما دون المائة فالشركة خاصة تستحق بين بها الشفعة وان كانوا مائة فصاعدا فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل وانما تكون للجار اهـ

بين الخاص والعام أن ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام ووجه الفرق بينهما أن في العام دفع
لضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين
مدفعا له دون الضرر أولى لان الآبي لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فأمكن اجباره عليه
بخلاف ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر شركائه
فلا يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص لانهما استويا ويمكن دفع ضرر شركائه بدون ذلك
بان يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بأمر القاضي بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع
عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدري حصة كل واحد منهم ولا يقال في كري النهر
الخاص احياء حقوق أهل الشفة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول لا يجبر لاجل حق أهل الشفة ألا
ترى أن أهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري لا يجبرهم في ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة
أراضيهم ولو كان حق الشفة معتبرا لاجبروا لدفع الضرر العام قال رحمه الله (ومؤنة كري النهر
المشترك عليهم من أعلاه فان جاوز أرض رجل برئ) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا مؤنة الكري عليهم
جميعا من أول النهر الى آخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى
تسييل الفاضل من الماء فانه اذا سد عليه فاض الماء على أرضه وأفسد زرعه فتبين أن كل واحد منهم ينتفع
بالنهر من أوله الى آخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة به فاذا استووا في الغنم وجب أن يستووا في
الغرم ولابي حنيفة رحمه الله ان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الاراضي منهم فاذا جاوز
الكري أرض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شئ من مؤنته وبانتفاعه في أسفل من حيث
اجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه
على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع ضرر الماء عنه
بسد فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري من أسفل وزعم بعض أصحابنا أن
الكري اذا انتهى الى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة والاصح أن عليه مؤنة الكري الى
أن يجاوز حد أرضه واليه أشار في الاصل لان له أن يتخذ الفوهة من أي موضع شاء من أرضه ان شاء من
أعلى وان شاء من أسفل فكان منتفعا بالكري انتفاع سقي الارض ما لم يجاوز حد أرضه قال رحمه الله
(ولا كري على أهل الشفة) لانهم لا يحصون اذ أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكري لا تجب على
قوم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار ونحوها سقي الاراضي وأهل الشفة أتباع والمؤنة تجب على
الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال رحمه الله (وتصح دعوى الشرب بغير أرض)
وهذا استحسان والقياس أن لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك في المدعى اذا ثبت دعواه
بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق
المسلمين وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن أن يملك بغير أرض بالارث والوصية وقد
يبيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه
باثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر فأراد رب الارض أن لا يجري النهر في أرضه لم
يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف
القول قوله في أنه ملكه فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان له مجراه
في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كان الدعوى فيه أو حق
الاجراء باثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار
غيره فحكم الاختلاف فيه نظيره في الشرب قال رحمه الله (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على
قدر أراضيهم) لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر

(قوله وهذا عند أبي حنيفة) وفي الخانية الفتوى على قوله اه ابن فرشتا (قوله في المتن ولا كري على أهل الشفة) أصل الشفة شفهة ولهذا تقول في تصغيرها شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير والتكسير يردان الاشياء الى أصلها وحذفت الهاء تخفيفا يقال هم أهل الشفة أي لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا بهائمهم اه اتقاني (قوله والحاجة الى ذلك تختلف الخ) قال في الاصل واذا كان النهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف أصله بينهم فاختلفوا واختصموا في الشرب فالشرب بينهم على قدر أراضيهم قال في الاجناس وحكى عن أبي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم وفائدته انه اذا كان لاحدهم عشرة أجربة وللآخر عشرة الا أن أرضه لا تكتفي للزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قاله الماء بينهم نصفان وعلى قول الدقاق له أخذ الماء زيادة اه اتقاني قوله ولا يعرف كيف أصله الخ فأما اذا علم يقسم على ما كان اه اتقاني

أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار ولا يقال قد استووا فى اثبات اليد على النهر فوجب أن يستووا فى الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضى فيتفاوت الاحراز الذى هو فى ضمن الانتفاع فيكون فى يد كل واحد منهم بحسب ذلك وليس لاحدهم أن يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان فى السكر احداث شئ لم يكن فى وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم فى نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لئلا ينكبس النهر به وفيه اضرار بالشركاء الا أن يتراضوا على ذلك ولو كان الماء فى النهر بحيث لا يجرى الى أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ بأهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا وليس لهم أن يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود رضى الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل الاعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداءة أهل الاسفل قال رحمه الله (وليس لاحد أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقع القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه الى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم) لان فى شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء وفى الكسر تغيير الماء عن سننه الا أن تكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها فيجوز لان ما يحدث من البناء فى خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه أو ينقص ولم يوجد شئ من ذلك فيجوز والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله متعنت قاصد الى الاضرار بغيره لا دافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته والدالية والسانية بمنزلة الرحى وفى القنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولا يكون ذلك له الا برضاهم الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز فى رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها وقيل هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع واذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويسده من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان مقنطرا مسدودا من الجانبين فأراد أن ينقض ذلك لعلة أو لغير علة فان كان ذلك لا يزيد فى أخذ الماء كان له ذلك لانه يرفع بناء هو خالص حقه وملكه وان كان يزيد فى أخذ الماء منع منه لحق الشركاء وانما لا يكون له أن يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء وهذا ظاهر فيما اذا لم تكن القسمة بالكوى وكذا اذا كانت بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كوته أكثر مما كان يدخل قبله وكذا اذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق فى مكان حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل وقع باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع فى العمق هو العادة فلا يؤدى الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون له أن يقسم بالايام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة فى نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى وانما لا يكون له أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس له فيها شرب لانه اذا فعل ذلك يخشى أن يدعى حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى

(قوله حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق) يعنى يقسم على عدد الرؤس (قوله حيث يكون له ذلك فى الصحيح) أى لان التسفيل تصرف فى خالص ملكه فأما فى توسيع فم النهر يتصرف فى حافتى النهر الذى يأخذ منه الماء وانه مشترك بينه وبين أصحابه ويضر بشركائه أيضا لانه بتوسيع فم النهر يأخذ من الماء أكثر من حقه فيصير غاصبا شيأ من ماء أصحابه اه اتقانى (قوله هذا النهر مع الاولى) أى الارض الاولى اه

اذا

اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالمحفور لاجراء الماء فيه اليها وكذا لو أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى تنتهى الى الاخرى لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى مفتحها فى هذا الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد ولصحق المرور وهو متصرف فى خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو أراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضى لصاحب السفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف فى موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما أن ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو أو ورثته أى وقت شاؤا لان العارية غير لازمة قال رحمه الله (ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب) والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى حقوق الميت وأملاكه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر أو الجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أولانه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يضمن بعقد والوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح ولا فى الخلع ولا فى الصلح عن دم عمد أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ويجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر وعلى القاتل الدية وللمدعى أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له أرض قيل يجمع الماء فى كل نوبته فى حوض فيباع الماء الى أن يقضى دينه من ذلك وقيل ينظر الامام الى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت والسبيل فى معرفة قيمة الشرب اذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم فى العقر الواجب بشبهة ينظر الى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها فى الوطء بشبهة وان لم يجد اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعهما فيؤدى من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء قال رحمه الله (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى التسبب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا فى أرضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا وان حفر فى الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها قالوا هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة وأما اذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا فى داره فاحترق دار جاره فانه ان كان أوقد مثل العادة لا يضمن وان كان بخلاف العادة يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقى المعتاد اذا كان محقا فيه بان سقى أرضه فى نوبته مقدار حقه وأما اذا سقاها فى غير نوبته أو فى نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدى فى السبب والله أعلم

(قوله اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء) أى تتشربه اه غاية (قوله والوصية ببيعه وهبته) أى لو أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يوهب له أو يتصدق عليه به اه

﴿كتاب الاشربة﴾

قال رحمه الله (والشراب ما يسكر) يعنى فى اصطلاح الفقهاء وهو فى اللغة اسم لكل ما يشرب من المائعات والاشربة جمع شراب والمراد به ههنا ما حرم شربه وكان مسكرا قال رحمه الله (والمحرم منها أربعة الخمر وهى النى من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها) وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وأبوداود والترمذى وغيرهم وفى لفظ كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأبوداود والترمذى وجماعة وعن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه أبوداود والترمذى وجماعة أخر ولانها سميت خمرا لمخامرتها العقل والسكر يوجد بشرب غيرها فكان خمرا ولنا ان الخمر حقيقة اسم للنى من ماء العنب المسكر باتفاق أهل اللغة وغيره يسمى مثلثا أو باذقا الى غير ذلك من أسمائه وتسمية غيرها خمرا مجاز وعليه يحمل الحديث أو على بيان الحكم ان ثبت لانه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان الحقائق ولا نسلم أنها سميت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلمنا أنها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه أن يسمى غيرها بالخمر قياسا عليها لان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدى الحكم الشرعى على ما عرف فى موضعه ألا ترى أن البرج سمى برجا لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمى نجما لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا ولا نجما وكذا يقال للفرس أبلق لاجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وان كان فيه ذلك اللون وما ذكره فى المختصر من حد الخمر هو قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن الصلاة وأما القذف بالزبد وصف لا تأثير له فى احداث صفة السكر وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد لانه يتميز به الصافى عن الكدر وأحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد واكفار مستحلها ونحو ذلك فتناط بالنهاية وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفى وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا والكلام فيها فى مواضع أحدها فى بيان ماهيتها والثانى فى وقت ثبوت هذا الاسم لها وقد بيناهما والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا يتوقف عليه بخلاف غيرها من الاشربة فان حرمتها متوقفة على السكر ومن الناس من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغيرها من الاشربة لان الفساد لا يحصل به وهذا كفر لانه يخالف الكتاب والسنة والاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهو من خواص الخمر بان تزداد اللذة باستكثاره بخلاف سائر المشروبات وجاز أن تحرم لاجل لذتها أيضا بل هو الظاهر لما فى التلذذ بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال من شرب الخمر فى الدنيا ثم لم يتب حرمها فى الآخرة رواه البخارى ومسلم وغيرهما وهذا مطلق من غير قيد بالسكر فيتناولها مطلقا والدليل عليه أن التى فى الآخرة غير مسكرة والتنعم بها فى الدنيا هو الذى يوجب حرمانها فى الآخرة كما قال الله تعالى أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا ونظيره لبس الحرير فان من لبسه فى الدنيا لا يلبسه فى الآخرة لاجل التنعم به لا غير والشافعى رحمه الله يعدى الحكم أو الاسم الى غيرها وهو بعيد لان النص ورد بتحريمها لذاتها بقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل وكذا لا يجوز التعليل لتعدية الاسم على ما بينا والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به والخامس أن مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعى والسادس سقوط

ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما فى الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين فى المعنى الاصلى والحروف الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر اه اتقانى (قوله والاشربة جمع شراب) اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم أى يؤكل وانما سمى محمد هذا الكتاب كتاب الاشربة لما فيه من بيان أحكامها كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان أحكام الحدود وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان أحكامها اه غاية (قوله وقال بعضهم كل مسكر خمر) وهو مذهب مالك والشافعى اه غاية (قوله لمخامرتها العقل) أى لمخالطتها العقل اه (قوله أو على بيان الحكم) أى وهو الحرمة اه غاية (قوله بل لتخمرها) أى لكونها خمرا اه غاية (قوله ولا يشترط فيه القذف بالزبد) وبه قالت الثلاثة اه ع (قوله والكلام فيها فى مواضع) أى عشرة اه (قوله أحدها فى بيان ماهيتها) والمائية بمعنى الماهية وماهية الشئ هو هو كماهية الانسان وهو حيوان ناطق اه اتقانى (قوله وهو من خواص الخمر) سيجىء فى آخر الصفحة الآتية فى كلام الشارح فى الكلام على الطلاء أنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره اه وعلى هذا فى قوله من خواص الخمر نظر اللهم الا أن يقال الطلاء ملحق بالخمر فى هذا المعنى يرشد الى هذا قول الشارح فيما سيأتى ولنا أنه كالخمر الخ اه

(قوله حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها) ثم هل يباح اتلاف الخمر نقل عن الامام مجد الدين الشرخلتى أنه قال والصحيح أنه لا يباح الاتلاف الا
لغرض صحيح كما اذا كانت عند فاسق يشرب بها غالبا ولو تركت عنده حتى لو كانت عند صالح لا يباح الاتلاف فانها مملوكة

تقوّمها فى حق المسلم حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذى
حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم وأحمد ولان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها
واختلفوا فى سقوط ماليتها وقال صاحب الهداية والاصح أنها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها
والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولان الله تعالى أمرنا باجتنابها وفى الانتفاع بها
اقترابها والثامن أن يحد شاربها وان لم يسكر منه شيأ لما بينا من قبل والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها
لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد فى النىء
خاصة لما ذكرنا فلا يتعدى الى المطبوخ والعاشر جواز تخليلها على ما يجىء من بعد ان شاء الله تعالى
قال رحمه الله (والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وهو النوع الثانى من الاشربة المحرمة
وقال فى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو
الصواب لما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه على
ما يجىء من قريب وانما سمى طلاء لقول عمر رضى الله عنه ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى
يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو يشبهه وفى الهداية هو مثل ما ذكره فى المختصر وهو الذى طبخ حتى ذهب
أقل من ثلثيه ويسمى الباذق أيضا سواء كان الذاهب قليلا أو كثيرا بعد أن لم يكن الذاهب ثلثيه والمنصف
منه وهو ما ذهب نصفه وبقى النصف وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد ولم يقذف
بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر
ولنا أنه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا
للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق فلا يدعو قليله الى كثيره قال رحمه الله
(والسكر وهو النىء من ماء الرطب) وهو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا
سكنت وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف
بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما روينا
من قبل واجماع الصحابة رضى الله عنهم والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة وقيل
أريد بها التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا قال رحمه الله (ونقيع الزبيب
وهو النىء من ماء الزبيب) وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روى عن ابن عباس
رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء
الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم رواه مسلم وفى رواية فان بقى شىء أهرقه أو أمر به فأهريق وشرط حرمته
أن يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتى فيه خلاف الاوزاعى كما فى الباذق والوجه قد بيناه فيه ثم حرمة
هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة فى
رواية ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبى حنيفة رحمه الله على ما بينا فى الغصب وعن أبى يوسف انه
يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها
ويحد شاربها وان لم يسكر ولو قطرة ونجاستها غليظة رواية واحدة ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها
وحرمة غيرها من الاشربة غير قطعية فلا يكون مثلها قال رحمه الله (والكل حرام اذا غلا واشتد وحرمتها
دون حرمة الخمر) فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر وقد بينا وجوهها وأحكامها فلا حاجة الى اعادته قال
رحمه الله (والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة وان اشتد اذا شرب ما لا يسكره بلا
لهو وطرب والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ أولا والمثلث العنبى) أما الاول

له وفى بقائها فائدة وهى التخليل اه اتقانى رحمه الله (قوله والاصح أنها مال) ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا اه غاية (قوله وتضن بها) من الضن وهو ما تختصه وتضن به أى تبخل لمكانه منك وموقعه عندك ومنه ساعة الجمعة فقلت أخبرنى بها ولا تضنن بها على أى لا تبخل يقال ضننت أضن وضننت أضن اه ابن الاثير رحمه الله (قوله وهو ما طبخ من ماء العنب) الذى بخط الشارح وهو ما اذا طبخ الخ اه (قوله على ما يجىء من قريب) أى عند الكلام على المثلث العنبى اه (قوله وانما سمى طلاء الخ) قال ابن الاثير رحمه الله الطلاء بالكسر والمد الشراب المطبوخ من عصير العنب وهو الرب وأصله القطران الخاثر الذى يطلى به الابل اه وقال فى المغرب والطلاء كل ما يطلى به من قطران أو نحوه ومنه حديث عمر ما أشبه هذا بطلاء الابل ويقال لكل ما خثر من الاشربة طلاء على التشبيه حتى سمى المثلث اه (قوله فهو على الاختلاف) أى السابق فى الخمر بين الامام وصاحبيه اه (قوله وهو النىء من ماء الرطب) انظر الهداية وشرح الاتقانى اه (قوله

وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد) أى عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط القذف بالزبد كالخمر اه (قوله ورزقا حسنا) كالدبس
والخل والتمر والزبيب ونحو ذلك اه غاية (قوله ثم حرمة هذه الاشياء) أى الثلاثة وهى الطلاء والسكر ونقيع الرطب اه

وهو نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة وهو أن يطبخ الى أن ينضج فلما روى عن أبى قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا تنتبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعا لكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته رواه مسلم وأحمد ورواه البخارى وذكر التمر بدل الرطب وهذا نص على أن المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن أبى سعيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن التمر والزبيب أن يخلط بينهما فى الانتباذ الحديث الى أن قال من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا أو تمرا فردا أو بسرا فردا رواه مسلم والنسائى وقد ورد فى النهى عن الخليطين أحاديث كثيرة كلها صحاح وكلها تدل على أن كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما بينا وكذا ما روى عن أنس رضى الله عنه أن الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخارى ومسلم وأحمد فالمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا أطلق عليه اسم الخمر وقد ورد فى حرمة المتخذ من التمر أحاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرّم على النىء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة واندفع التعارض وأما الثانى وهو الخليطان فلما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى سقاء فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجه وروى عن ابن زياد رضى الله عنه قال سقانى ابن عمر شربة ما كدت أهتدى الى أهلى فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروى عنه حرمة نقيع الزبيب النىء منه وما روى من النهى عن الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج بل يؤثر باحداهما جاره والاباحة كانت فى حالة السعة والحمل مأثور عن ابراهيم النخعى رضى الله عنه وأما الثالث وهو نبيذ العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأحمد وغيرهما خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم أى حكمهما واحد لأن كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضى الى كثيره كيفما كان وأما الرابع وهو المثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فلما روى عن أبى موسى انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى الثلث رواه النسائى وله مثله عن عمر وأبى الدرداء وقال البخارى رأى عمر وأبى عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وأبو جحيفة على النصف وقال أبو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقى ثلثه فقال لا بأس به قلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر لما أحله عمر ولانه لا يحصل به الفساد من الصد والقاء العداوة بالشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر ولان قليلها يدعو الى كثيرها على ما بينا ولا كذلك المثلث لانه لغلظه لا يدعو الى الكثير وهو فى نفسه غذاء فيبقى على أصل الاباحة وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعى رحمهم الله كل ما أسكر كثيره فقليله حرام من أى نوع كان لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما وعن عائشة رضى الله عنها قالت سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن البتع

(قوله لا تنتبذوا الزهو) والزهو الملوّن من البسر تسمية بالمصدر اه مغرب (قوله مباح) أى على الانفراد اه (قوله فى سقاية) السقاية اناء يشرب منه اه ابن الاثير وكتب ما نصه الذى بخط الشارح أو سقاة اه يراجع لفظ الحديث فى ابن ماجه اه (قوله لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج) قال الاتقانى وفيه دليل على أن الجمع بين النعمتين يجوز خلافا لما يقوله بعض الناس من أصحاب الظواهر انه يكره اذا لم يكن أحدهما تابعا للآخر قالوا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرحه وعن ابراهيم النخعى أنه قال كان ذلك فى ابتداء الاسلام حين كان بالمسلمين شدة وضيق فى أمر الطعام يعنى انما نهى عن الجمع بين النعمتين حتى لا يشبع هو وجاره جائع بل يأكل احداهما ويؤثر بالاخرى جاره ثم لما وسع الله على عباده النعمة أباح الجمع بين النعمتين والدليل على ذلك قوله تعالى كلوا من الطيبات من غير فصل بين الجمع والافراد اه ما قاله الاتقانى رحمه الله (قوله وله مثله الخ) قال أبو حنيفة لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتى بحرمته لان فيه تفسيق بعض الصحابة ولو أعطيت الدنيا بحذافيرها ما شربته لانه لا ضرورة فيه وهذا غاية تقواه رضى الله تعالى عنه اه كاكى (قوله وانه لا يحصل به الفساد من الصد) أى عن ذكر الله وعن الصلاة كما فى الخمر فان الله تعالى يقول يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة الآية فبين العلة فى تحريم الخمر وهى الصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتباع العداوة وهو (قوله وهذا كله قول أبى حنيفة الخ) هذا اذا طبخ عصير العنب وأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبى حنيفة أن حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه وروى الحسن عن أبى حنيفة أن حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب اه بدائع سيأتى معنى هذه الحاشية قبيل قوله فى المتن وحل الانتباذ فى الدباء اه

وهو نبيذ العسل وكان أهل اليمن يشربونه فقال كل شراب أسكر فهو حرام رواه البخارى ومسلم وأحمد وعن أبى موسى قال قلت يارسول الله أفتنا فى شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل ينبذ حتى يشتد والمزر وهو من الذرة والشعير ينبذ حتى يشتد قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أعطى جوامع الكلم بخواتيمه فقال كل مسكر حرام رواه البخارى ومسلم وأحمد وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أسكر كثيره فقليله حرام رواه أحمد وابن ماجه والدارقطنى وصححه وفيه من الاخبار الصحاح مالا يحصى ولهما ماروينا من اطلاق الانتباذ على الانفراد والخليط ولان المسكر هو القدح الاخير حقيقة فيحمل عليه اذ الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات أوجه فتقتصر الحرمة عليه ونظيره الاسراف فى الاكل فان الزائد على الشبع هو الحرام لاغير وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوى دون التلهى وان قصد به التلهى فهو حرام بالاجماع وعن محمد أنه قال مثل قولهما وعنه انه كرهه وعنه انه توقف فيه فاذا كان مباحا عندهما فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعند محمد رحمه الله يحد اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا طلق امرأته وهو سكران منه كما فى سائر الاشربة المحرمة وكان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول ما كان من الاشربة بعد ما بلغ عشرة أيام ولا يفسد فانى أكرهه وكان قوله فى الاول مثل قول محمد رحمه الله الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض لان بقاءه فى هذه المدة من غير أن يفسد دليل قوته وشدته فكان آية حرمته ومثله مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما ثم رجع الى قول أبى حنيفة رحمه الله فاعتبر حقيقة الشدة كما يعتبرها أبو حنيفة على الحد الذى ذكرنا فيما يحرم شربه أصلا كالخمر والثلاثة المحرمة وفيما يحرم السكر منه والفتوى فى زماننا بقول محمد رحمه الله حتى يحد من سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين لان الفساق يجتمعون على هذه الاشربة فى زماننا ويقصدون السكر واللهو بشربها وعن أبى حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح أنه يحل عنده على ماذكر صاحب الهداية لان كراهية لحمه لاحترامه أو لئلا يؤدى الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه والمثلث اذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ولا يدرى أيهما ذهب أكثر فيحتمل أن يكون الذاهب من العصير أقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصر اكتفى بأدنى طبخة فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وفى رواية لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تغير فصار كما لو طبخ بعد العصر ولو جمع بين العنب والتمر أو بينه وبين الزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر أو الزبيب ان كان يكتفى فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما نقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب فى المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة

بتع) البتع بكسر الباء شراب مسكر يتخذ من العسل اه مغرب (قوله فيحمل عليه) ولهذا قال أبو يوسف لو شرب تسعة أقداح نبيذ ولم يسكر فأوجر العاشر وسكر لا حد عليه ولو أوجر التسعة وشرب العاشر باختياره وسكر حد ذكره فى المحيط اه كاكى (قوله اذا قصد به التقوى) على طاعة الله أو استمراء الطعام أو التداوى فأما السكر منه حرام بالاجماع اه اتقانى (قوله وعنه أنه توقف فيه) أى لتعارض الآثار اه وكتب ما نصه قال فى الهداية قال فى الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة المحرمة وهى الخمر والسكر ونقيع الزبيب والعصير الذى ذهب بالطبخ أقل من ثلثيه فلا بأس به قال الاتقانى قال فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير وهذا الجواب على هذا العموم فى البيان لا يوجد الا فى هذا الكتاب ثم قال وهذا نص على قول أبى حنيفة حتى ان الحد لا يجب وان سكر منه فى قوله وروى عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالسكر منه وكذلك السكران منه اذا طلق امرأته لم يقع عند أبى حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه وعند محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة الى هنا لفظ فخر الاسلام وقال الطحاوى فى مختصره قال هشام وكان يقول من صلى فى ثوبه مما يسكر كثيره أكثر من مقدار الدرهم أعاد الصلاة قال الطحاوى وهذا أجود وكذلك كان قول ابن أبى عمران اه (قوله والفتوى فى زماننا بقول محمد) كذا فى جامع الفتاوى والنوازل وغيرهما اه (قوله والاصح أنه يحل عنده) وفى فتاوى قاضيخان وعامة المشايخ قالوا هو مكروه كراهة التحريم الا أنه لا يحد شاربه اه (قوله وفى رواية لا يحل) فى الهداية وهو الاصح اه قال فى الشامل فأما العنب اذا طبخ ففى أصح الروايات لا يحل لانه عصير لم يذهب ثلثاه وفى رواية يحل بأدنى طبخة كطبخ الزبيب اه اتقانى رحمه الله ﴿فرع﴾ قال أرأيت الرجل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعا ولا يسكر أيجب الحد

(١) هنا بياض بالاصل اه

الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال رحمه الله (وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لما روى عن بريدة أنه عليه الصلاة والسلام قال كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وأحمد وغيرهما وفي رواية نهيتكم عن الظروف وان ظرفا لا يحل شيأ ولا يحرمه وكل مسكر حرام رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدباء وهي القرعة ونهى عن النقير وهي أصل النخل ينقر نقرا أو ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي القير الحديث ثم نسخ بما روينا وقال أبو هريرة رضي الله عنه الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف رحمه الله يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند أبي يوسف رحمه الله يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا أو طعما أو رائحة حكم بطهارته قال رحمه الله (وخل الخمر سواء خللت أو تخللت) أي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين أن تكون تخللت هي أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان خللها بالقاء شئ فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيها بأن كان بالنقل من الظل الى الشمس أو بايقاد النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك خلا فله فيه قولان له ما روى عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه وعن أنس رضي الله عنه أن أبا طلحة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقوها قال أفلا نجعلها خلا قال لا رواه أحمد وأبو داود ولانا أمرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز ولانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر يتنجس بأول الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد فيه تنجس شئ بالملاقاة والاقتراب حرام وهو نظير قتل المورث فانه يحرم الارث لمباشرته الحرام وان مات بنفسه ورثه وكذا صيد الحرم لا يحل له اذا أخرجه بل يجب عليه رده اليه وان خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل مطلقا فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ وكذا الصالح للمصالح مباح والاقتراب لاعدام الفساد فأشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل فيختاره من ابتلى به والمنهي عنه بما روى أن يستعمل الخمر استعمال الخل بأن ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره وهو نظير ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وأن يتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط قال عليه الصلاة والسلام أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم قال هو ذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال أو نقول ليس فيما روى دلالة على أن الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك أصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد ألا ترى أنا نهينا عن التوضؤ بماء مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجاء بأشياء كثيرة ثم اذا فعل ذلك تحصل به الطهارة وكذا الصلاة في الارض المغصوبة والبيع منهي عنه ثم اذا فعل ذلك يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشئ الملقى فيها للمجاورة فاذا صارت هي خلا طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاور النجاسة ألا ترى أن ظرفها طاهر لان تنجسه بنجاستها فاذا طهر بالتخليل جميع أجزائها لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف لصفة الخمرية ولا كذلك

عليه فالجواب فيه كالجواب فيما خلط بالماء ان كان الخمر غالبا وجب الحدوان كان النبيذ غالبا لا يجب ما لم يسكر اه اتقاني رحمه الله (قوله وكان الانتباذ الخ) قالوا وانما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها اه غاية (قوله ونهى عن الدباء الخ) قال الاتقاني والدباء القرع جمع دباءة اه وكان الاولى أن يقول الشارح وهو القرع اه (قوله لما روى عن أنس الخ) في طريقه السدي اه (قوله والمنهي عنه بما روى الخ) قال الاتقاني والجواب عن حديث أبي طلحة فنقول انما أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة قلعا وقمعا لهم عن أن يحوموا حول الخمور ويعتادوا على ذلك لانه كان في ابتداء تحريم الخمر لم يأمن النبي صلى الله عليه وسلم من أن يشربوها اذا لم يريقوها فأمر بالاراقة حسما لمادة الفساد كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الانتباذ في الاوعية ثم لما حصل لهم الفطام عن المسكرات رخص لهم في جميع الاوعية اه

(قوله وهو الذى انتقص من الخمر) قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرحه وقد حكى عن الحاكم أبى نصر محمد بن مهرويه أنه كان يقول انما يوازى الاناء من الخل لاشك أنه يطهر لان ما يوازى الخل من الاناء فيه أجزاء الخل وانه طاهر وأما أعلى الحب الذى انتقص من الخمر قبل صيرورته خلا فانه يكون نجسا لان ما بداخل أجزاء الحب من الخمر لم يصر خلا بل يبقى فيه كذلك خمرا فيكون نجسا فيجب أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل لان غسل النجاسة الحقيقية بما سوى الخمر من المائعات التى تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا غسل أعلى الحب بالخل صار ما دخل فيه من أجزاء الخمر خلا من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق فأما اذا لم يفعل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فانه ينجس العصير ولا يحل شربه لانه عصير خالطه خمر الا أن يصير خلا كذا قال خواهر زاده اه اتقانى (قوله فى المتن وكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) الامتشاط به يصنعه بعض النساء لانه يزيد فى بريق الشعر وكانت عائشة رضى الله عنها تنهى النساء عن ذلك أشد النهى اه رازى وقال الاتقانى وانما خص الامتشاط به لان له تأثيرا فى تحسين الشعر ودردى الزيت وغيره ثفله وهو ما يبقى فى أسفله اه وكتب ما نصه قال أبو حنيفة أكره دردى الخمر أن تمتشط به المرأة اه صلاة حلابى (٤٩) (قوله ولا أن يسقى ذميا) قال فى الاصل أفتكره للمسلم أن يسقى الذمى خمرا أو مسكرا قال نعم لان هذا تصرف من المسلم فى الخمر لا على سبيل التطهير فلا يحل لانها اعانة على المعصية قال تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وقال فى الاصل أيضا أفتكره أن يسقى الدواب الخمر قال نعم لانه انتفاع بالخمر وهو حرام وقال الفقيه أبو جعفر انما يكره اذا حمل الخمر الى الدواب فاذا حمل الدواب الى الخمر فلا بأس به قياسا على الميتة تحمل الى الكلاب يكره واذا دعيت الكلاب اليها فلا بأس بذلك اه غاية (قوله وكذا لا يسقيها الدواب) كان أبو الحسن الكرخى يحكى عن أصحابنا أنه لا يحل للانسان النظر الى الخمر على وجه التلهى ولا أن يبل بها الطين ولا أن يسقيها الحيوان وكذلك الميتة لا يجوز أن يطعمها كلابه لان فى ذلك انتفاعا والله تعالى حرم ذلك تحريما مطلقا معلقا بأعيانها وسئل عن الفرق بين الزيت تموت فيه الفارة وبين الخمر فى جواز الانتفاع بالزيت فى غير جهة الاكل وامتناع الانتفاع بالخمر من سائر الوجوه فكان يحتج فى الفرق بينهما بأن الخمر محرمة العين وان الزيت غير محرم العين وانما منع أكله لمجاورته الميتة اه شامل شرح البزدوى (قوله لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه) قال شيخ الاسلام خواهر زاده قالوا يجب أن تحمل الخل الى الخمر ولا تحمل الخمر الى الخل كيلا يصير حاملا للنجاسة من غير حاجة ونظير هذا ما قالوا فى الميتة أن تدعو الكلاب الى الميتة ولا تحمل الميتة الى الكلاب وكذلك قالوا فيمن له أب نصرانى أعمى وهو مسلم لا بأس بأن يقوده من البيعة الى المنزل ولا يجوز للابن أن يقوده من المنزل الى البيعة لان ذلك اعانة على المعصية فكذلك هذا اه اتقانى (قوله وقال الشافعى يحد شاربه) وبه قال مالك وأحمد اه ع (قوله وذكر فى النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز الخ) تقدم فى الكراهية ما يخالفه اه (قوله فصل فى طبخ العصير) ينظر فى المحيط اه

اخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فأما أعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا على ما كان ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال لما قلنا قال رحمه الله (وكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا ولا أن يسقى ذميا ولا صبيا والوبال لمن سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة ولو ألقى الدردى فى الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه قال رحمه الله (ولا يحد شاربه) أى شارب الدردى (الا اذا سكر) وقال الشافعى رحمه الله يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفى الدردى قطرات منها ولنا أن وجوب الحد للزجر والزاجر يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردى بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر بخلاف الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى كثيرها ولا كذلك الدردى ولان الغالب عليه الثفل فأشبه غالب الماء ولو جعلت الخمر فى مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس والطبخ لا يؤثر فى الخمر ولو أكل منه لا يحد الا اذا سكر لغلبة غيرها عليها أو لكونها مطبوخة وكذا اذا عجن الدقيق بها ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل لانها انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر فى النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره وعزاه الى الذخيرة ﴿فصل فى طبخ العصير﴾ الاصل فيه أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يعتبر ذهاب ثلثى ما بقى فيحل الثلث الباقى بعده ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ينظر ان كان الماء أسرع ذهابا للطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثى العصير بعد ذهاب الماء الذى صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقى من العصير لان الذاهب الاول هو الماء والزبد والباقى هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثيه وان كانا يذهبان معا فيطبخ حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقى بذهاب الثلثين

(قوله وبقاء الثلث ماء وعصيرا) لان الباقى ثلثاه ماء وثلثه عصير وقدرنا العصير الى الثلث حل اه (قوله قبل الانصباب) وهو ثمانية أرطال اه (قوله وهو قدر ثلث الجميع) أى أربعة أرطال اه (قوله فاذا أهريق بعضه) أى بعض الباقى وهو ربعه رطلان اه (قوله أهريق من الحلال بحسابه) أى وهو ربعه واحد اه (قوله حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال) أى وهو ثلاثة أرطال اه

وبقاء الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلثين ثم أهريق بعضه لا يحل الباقى حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطرق معرفته أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى بعد الانصباب ثم تقسم الخارج من الضرب على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شىء فما أصاب الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقى الى أن يبقى قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهريق منه رطلان بأخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضربه فيما بقى بعد الانصباب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل أن يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منها ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقى الى أن يبقى قدره فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقى بعد الانصباب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن فكأن جميع العصير هو الباقى وما أصابه من الذاهب بالطبخ وقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقى بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث الجميع فاذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقى حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال والله أعلم

﴿كتاب الصيد﴾

قال رحمه الله (هو الاصطياد) أى الصيد هو الاصطياد فى اللغة يقال صاد يصيد صيدا وسمى به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر فصار اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمى مأكولا كان أو غير مأكول والاصطياد مباح فى غير الحرم لغير المحرم وكذا المصيد ان كان مأكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه وان أدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فان أخذ الكلب ذكاة رواه البخارى ومسلم وأحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف قال رحمه الله (ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة) أى يحل الاصطياد بهذه الاشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفى الجامع الصغير وكل شىء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين أى صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أى كسبتم وقيل هى أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الآية على المعنيين فنشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان فى اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به والمكلب المعلم من الكلاب ومؤدبها ثم عم فى كل ما أدب جارحة بهيمة كانت أو طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن فيتناول كل ما علم من الجوارح دل عليه ما روينا من حديث على رضى الله عنه لان اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبى يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا ذكر

﴿كتاب الصيد﴾

ثم الاصطياد لا يقع الا بآلة والآلة تنقسم على قسمين حيوان وجماد فالجماد مثل السيف والرمح والشبكة والمعراض والنشاب وما أشبه ذلك والحيوان مثل البازى والصقر والفهد والكلب ونحو ذلك اه غاية (قوله مأكولا كان أو غير مأكول) والاصطياد مباح فيما يحل أكله وما لا يحل فما حل أكله فصيده للاكل وما لا يحل أكله فصيده لغرض آخر اما الانتفاع بجلده أو شعره أو لدفع أذيته اه غاية (قوله ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف) أى من اقامة ما أوجبه الله تعالى عليه اه (قوله وعن أبى يوسف أنه استثنى الخ) قال الكرخى فى آخر كتاب الصيد من مختصره قال هشام سألت محمدا عن صيد ابن العرس فأخبرنى أن أبا حنيفة قال اذا علم فكل ما صاد قال محمد ما كان له مخلب أو ناب فصيده يؤكل يعنى اذا علم قال هشام سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى أنه لا يكون فان كان فلا بأس به الى هنا لفظ الكرخى قال القدورى فى شرحه قالوا فى الاسد والذئب انه لا يجوز الصيد بهما وليس ذلك لمعنى يعود الى عينهما انما هو لفقد التعليم لانهم قالوا ان من عادتهما أن يمسكا صيدهما ولا يأكلاه فى الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل فان تصور التعليم فيهما جاز اه أتقانى

في الهداية والكافي وذكر في النهاية الذئب بدل الدب وكذا في المحيط ولانهما لا يتعلمان عادة ولان التعليم يعرف بترك الاكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعلم حتى لو تصور التعلم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به قال رحمه الله (ولا بد من التعليم) لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم وأحمد وكذا لا بد أن يكون المرسل أهلا للذكاة بأن يكون مسلما أو كتابيا وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح قال رحمه الله (وذا بترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع اذا دعوته في البازي) أي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفي البازي بالرجوع اذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفي بغيره مما يدل على التعلم ولان آية التعلم ترك ما هو مألوفه عادة وعادة البازي التوحش والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما مألوفه دل على تعلمه وانتهاء علمه وهذا الفرق لا يتأتى الا في الكلب خاصة لانه هو الالوف دون غيره من ذوات الانياب فانها ليست بألوف والفرق الاول يتأتى في الكل لان بدل كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب الى أن يترك الاكل وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهي مدة ضربت لذلك كما في قصة موسى مع معلمه عليهما الصلاة والسلام وكمدة الخيار لاختبار حال المبيع وكذا قال عليه السلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيرها وهذا لان الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه الصلاة والسلام الثلاثة ركب فقدر به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه أنه قد تعلم ولا يقدر بشيء لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو دأبه في مثله كحبس الغريم والنجاسة المخففة المانعة من الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة ونحو ذلك ذكره في الاصل وترك الاكل قد يكون للخوف من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف بالحذاقة والبلادة فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك ثلاثا لا تحل الاولى ولا الثانية على قول من قال بالثلاث وهو ظاهر وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير مأذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى أن ينقضه ان شاء وعند أبي حنيفة رحمه الله على الرواية الاولى يحل لان تركه عند الثالث آية تعلمه فصار هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق أن امساكه على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم وقد أخذ له بعد ارساله بخلاف ما استشهدا به لان بيع العبد مال المولى لا يجوز وان كان مأذونا له في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه ساكتا صار مأذونا له وجاز شراؤه ولزمه ولم يذكر البازي بكم اجابة يصير معلما فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكره في الكلب ولو قيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه لان الخوف ينفره بخلاف الكلب قال رحمه الله (ومن التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي موضع كان) أي لا بد من التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي

(قوله وذكر في النهاية الذئب بدل الدب) وفي الاختيار ذكر الثلاثة اهـ (قوله فلا يجوز) أي الاصطياد به لانه محرم العين ولا يجوز اهـ (قوله ولقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة) أي الخشني اهـ قال في الاصابة صحابي مشهور معروف بكنيته وهو منسوب الى بني خشين وهو ممن بايع تحت الشجرة وضرب سهمه في خيبر وأرسله النبي صلى الله عليه وسلم الى قومه فأسلموا وكان لا يأتي عليه ليلة الا خرج ينظر الى السماء فينظر كيف هي ثم يرجع فيسجد وعن أبي هريرة قال قال أبو ثعلبة اني لارجو الله أن لا يخنقني كما أراكم تخنقون عند الموت فبينما هو يصلي جوف الليل قبض وهو ساجد فرأت ابنته في النوم أن أباها قد مات فاستيقظت فزعة فنادت أين أبي قيل لها في مصلاه فنادته فلم يجبها فأتته فوجدته ساجدا فأنبهته فحركته فسقط ميتا مات سنة خمس وسبعين اهـ باختصار (قوله في المتن وذا بترك الاكل ثلاثا) في الكلب والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل منه وهذا قول أبي يوسف ومحمد قاله الاتقاني نقلا عن مختصر الكرخي اهـ (قوله وبدن البازي لا يحتمل الضرب) قال خواهر زاده قول الشافعي في الجديد بأن البازي وسائر طيور الوحش اذا أكل من الصيد لا يؤكل كما في الكلب والفهد وهو محجوج بما روى محمد في الاصل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في البازي يقتل الصيد فيأكل منه فقال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الاكل وهذا قول روي عنه ولم يرو عن أقرانه خلافه فحل محل الاجماع اهـ اتقاني (قوله فيفوض الى رأي المبتلى به) أي وهو الصائد اهـ غاية

موضع كان من أعضائه أما التسمية فلما تلونا ورويناه من حديث ثعلبة والمراد به مع التذكر وأما اذا نسي التسمية عند الارسال فلا بأس بأكله وقد بيناه في الذبائح وأما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما رويناه من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه والا لزم نسخه بالرأي وهو لا يجوز وجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين على ما بينا ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة وانما لا يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والاطلاق من جهة السبب أما اذا كانا من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه قال رحمه الله (فان أكل منه البازي أكل وان أكل منه الكلب أو الفهد لا) وقال مالك والشافعي رحمهما الله في القديم يؤكل وان أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو أن أبا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلابا مكلبة فأفتني في صيدها فقال ان كانت لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك الحديث الى أن قال هو للنبي صلى الله عليه وسلم وان أكل منه قال عليه الصلاة والسلام وان أكل منه ولان فعل الكلب انما صار ذكاة لعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا ما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وقوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عليه الصلاة والسلام له اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابراهيم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل فانما أمسكه على نفسه واذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فانما أمسك على صاحبه رواه أحمد ومرويهما غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم أولى على ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيأ ثم أكل من صيده بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لان أكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه ولان ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الاحراز فيحرم احتياطا ولابي حنيفة رحمه الله ان أكله آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فبالاكل تبين أن تركه الاكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولان علمه لا يثبت الا ظاهرا فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا ما أمكن والامكان في حق القائم جميعا دون الغائب وقال بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة اذا كان العهد قريبا أما اذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم انه لم يكن معلما في الماضي من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين

(قوله والمراد به مع التذكر) قال في الاصل وكذلك اذا أرسله في صيد كثير وسمى مرة واحدة على الارسال فانه اذا قتل الكل يحل الكل بتسمية واحدة قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه فرق بين هذا وبين ما اذا ذبح شاتين بتسمية واحدة فانه لا يحل ووجه الفرق بينهما أن الذبح في باب الكلب يحصل بالارسال ولهذا يشترط التسمية وقت الارسال واذا كان الفعل واحدا تكفيه تسمية واحدة وان حصل به ذبح صيود كثيرة بخلاف ما لو ذبح شاة ثم أخرى لان الثاني صار مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى اه اتقاني رحمه الله ستأتي هذه الحاشية في كلام الشارح عند قوله وان لم يرسله أحد الخ (قوله ولان المقصود اخراج الدم الخ) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الصيد انما يؤكل من صيد الكلب اذا أمسكه على صاحبه وقتله اذا حصل القتل بالجرح والعقر فأما اذا قتله صدما أو جثما أو خنقا حتى مات فانه لا يؤكل منه وان أمسك على صاحبه اه اتقاني والكسر كالخنق صرح به الشارح فيما سيأتي عند قوله في المتن أو خنقه الكلب فانظره وما على قوله فيما سيأتي في هذا المجرد والكسر كالخنق بعد سبع قولات

(قوله وهو يخرج بالجرح عادة) قال الاتقاني وانما يحكم بالحل على ما صاده اذا جرحه لان الجرح يعتبر الفصل بين الطاهر والنجس الا أنه يشترط في مجموع العروق في موضع الاختيار لانه أبلغ في الفصل واكتفى بأصل الجرح في موضع الاضطرار اه

اصطياد

اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله الصحيح أن الخلاف في الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد فيكون حكمه حكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيأ أكل لانه ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقى لانه أمسك على صاحبه وسلمه اليه وأكله بعد ذلك مما ألقى اليه صاحبه لا يضره لانه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا ألقى اليه طعاما آخر وكذا اذا خطف الكلب منه وأكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا فى هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لانه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لا يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل فى حالة الاصطياد فتبين أنه جاهل ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيتمكن منه فان أكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثانى قال رحمه الله (وان أدركه حيا ذكاه) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه وان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه الحديث رواه البخارى ومسلم وأحمد ولانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل ولا يثبت قبل موته فبطل حكم البدل والبازى والسهم كالكلب لان المعنى يشمل الكل قال رحمه الله (وان لم يذكه أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم) أما اذا لم يذك فلانه لما أدركه حيا صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا من المعنى فبتركه يصير ميتة وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون فى المذبوح بأن بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته لان موته لا يضاف اليه والميت ليس بمحل للذكاة وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يحل الا اذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة اذا كان فيها حياة وان كانت خفية عنده وعندهما لا تحل الا اذا كانت حياتها بينة وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد رحمه الله وعند أبى يوسف رحمه الله أن تكون بحال يعيش مثلها ليكون موتها مضافا الى الذكاة والسهم مثله وان كان فيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح فكذلك فى رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول الشافعى لانه لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يؤكل فى ظاهر الرواية لانه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لان الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فلا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل أكله الا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدى فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حى مطلقا والحديث صحيح رواه البخارى ومسلم وأحمد وفصل الشافعى رحمه الله تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال ان لم يتمكن من الذبح

(قوله الصحيح أن الخلاف فى الفصلين) اى طالت المدة أو قصرت اه (قوله ولو أن صقرا فر من صاحبه) أى وقد كان عالما به اه غاية (قوله لانه ترك ما صار به عالما) وهو اجابته الى صاحبه داعيا ومرسلا اه غاية (قوله اذ لم يبق صيدا فى هذه الحالة) لان الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل وزال كونه غير محرز بالاحراز فالتحق بالشاة ولو تناول من الشاة لا يحكم بجهله فكذا هذا لانه لم يبق صيدا أصلا اه غاية (قوله فى المتن وان لم يذكه) أى حتى مات اه هداية (قوله وعليه الفتوى) أى على حد الاكل اذا ذكى الصيد وفيه حياة فى جميع الاحوال وهو قول أبى حنيفة اه غاية

لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير والحجة عليه ماتلونا وما روينا وأما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند قوله لابد من التعليم والتسمية والجرح وذكرنا اختلاف الرواية والكسر كالخنق حتى لايعتد به لانه لايفضي الى خروج الدم وأما اذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فلما روينا عن عدي بن حاتم رضي الله عنه أنه قال قلت يارسول الله انى أرسل كلبي وأسمي فقال اذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فان أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه قلت انى أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر لا أدري أيهما أخذه فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وفي رواية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لاتدري أيهما قتله رواهما البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم انه لايحرم بأكل الكلب الصيد وعلى الشافعي في متروك التسمية عمدا أيضا ولانه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك ولو ردّه عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره أكله لوجود المعاونة في الاخذ وفقدها في الجرح ثم قيل الكراهة كراهة تنزيه لان الاول لما تفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا وأوجبت اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا ردّه عليه المجوسي بنفسه حيث لايحرم ولا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة أصلا وفعل الكلب من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لان فعل الثاني أثر في الكلب الاول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الحكم الى التبع بخلاف ما اذا ردّه عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما ولو ردّه عليه سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فهو كما لو ردّه الكلب عليه فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل بخلاف ما اذا ردّه عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الاحكام قال رحمه الله (وان أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم) والمراد بالزجر التهييج أي هيجه فهاج بأن صاح عليه فازداد في العدو وانما يحل في الاول ويحرم في الثاني لان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينتسخ به الارسال لان الشئ لا يرتفع الا بمثله أو بما هو فوقه ولا يرتفع بما هو دونه كنسخ الآي فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي في الوجه الاول ولا ارسال المجوسي بزجر المسلم في الوجه الثاني فبقي كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثني وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي غير أن المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض للصيد ألا ترى انه يجب عليه الجزاء بالدلالة وهو دونه فبالزجر أولى وهو فوقها فلا يلزم من اعتبار الدلالة في حق لزوم الجزاء اعتباره في حق انتساخ الفعل قال رحمه الله (وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل) وهذا استحسان والقياس أن لايحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فاذا لم يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما فلا يحل والزجر بناء عليه فلا يعتبر على ما بينا ووجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس في اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات لكونه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الاول والجامع أن الزجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجران كان دون

الانفلات

(قوله والكسر كالخنق) قال الاتقاني وأما اذا لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضوا منه فمات قال أبا الحسن الكرخي ذكر أنه لم يجد عن أبي حنيفة شيئا مصرحا وقد حكى محمد في الزيادات المسئلة وأجاب فيها جوابا مطلقا أنه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا يقتضي أنه لا يحل بالكسر فقال الكرخي في مختصره وذكر أبو يوسف في أثر حكايته عن أبي حنيفة فقال ان قتله من غير أن يجرحه بناب ولا بمخلب فانه لا يؤكل وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح فان جرح بناب أو بمخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وظاهر هذا الكلام يقتضي أن الجرح كالكسر ووجهه أن الكسر جراحة باطنة فيه فهي كالجراحة الظاهرة ووجه ما حكاه محمد أن الجرح يقع بانهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكسر فصار كالخنق كذا في شرح القدوري اه (قوله لكن اشتد) أي اشتد الكلب الثاني على أثر الكلب الاول المعلم يعني عدا خلفه واتبعه من ورائه حتى عدا الكلب الاول على الصيد فأخذه اه اتقاني وكتب ما نصه أي عدا كذا في ديوان الادب اه غاية (قوله بخلاف ما اذا ردّه) أي ردّ المجوسي الصيد على الكلب المعلم اه (قوله والمراد بالزجر الخ) قال صاحب الهداية والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه أي على الكلب وبالانزجار اظهار زيادة الطلب أي طلب الكلب للصيد اه اتقاني

لانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات
لان آخر المثلين يصلح ناسخا للاوّل كما فى نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاوّل لان الزجر لا يساوى
لارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه
فلا يرتفع به والبازى كالكلب فيما ذكرنا ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فاخذ غيره وهو على سننه حل
وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه
فلا تتحول الى غيره فصار كما اذا أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن أبى ليلى
رحمه الله يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك رحمه الله حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو أرسل من غير
تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك وهذا بناء على أن التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين
يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف
ما لا يقدر عليه والذى فى وسعه ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه أن يعلم البازى والكلب على
وجه لا يأخذ الا ما يعينه له ولان التعيين غير مفيد فى حقه ولا فى حق الكلب فان الصيود كلها فيما
يرجع الى مقصوده سواء وكذا فى حق الكلب لان قصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه بخلاف
ما استشهد به مالك رحمه الله لان التعيين فى الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بعين فتتعلق التسمية هنالك
بالمضجع للذبح وفيما نحن فيه بالآلة ولو أرسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال فقتل الكل
حل الجميع لان الذبح يقع بالارسال ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكتفى
بتسمية واحدة فصار كما اذا أضجع شاتين احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة
بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل متعدد فلا بد من تعدد التسمية ومن أرسل فهدا فكمن
حتى يتمكن من الصيد ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لا استراحة فلا ينقطع
به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه من الخصال الحميدة قال
الحلوانى للفهد خصال جيدة فينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها أن يكمن للصيد حتى يستمكن منه
وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه فيحصل مقصوده
من غير اتعاب نفسه ومنها أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الىّ فلا أذل
وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب
بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ
بغيره ومنها أنه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل
أن لا يتناول الا الطيب ومنها أنه يثب ثلاثا أو خمسا فان لم يتمكن من أخذه تركه ويقول لا أقتل نفسى
فيما أعمل لغيرى وهكذا ينبغى للعاقل وكذا الكلب اذا اعتاد الاختفاء لا يقطع فور الارسال لما بينا فى
الفهد ولو أرسل كلبه فأخذ صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله أكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة
ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه وغيره ولو جثم على الاول طويلا ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى
لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو

قوله وقال مالك الخ) ساق الخلاف فى المجمع بيننا وبين الشافعى فقال ولو أرسله على صيد فأخذ غيره من غير عدول ولا مكث يحله قال ابن
رشتا قيد بهما لأنه لو انصرف عن طريقه يمينا وشمالا أو مكث لا يحل اتفاقا وساق الاتقانى الخلاف بيننا وبين مالك فقط كما ذكر الشارح
قال قال فى الاصل أرأيت الرجل يرسل كلبه على صيد فيأخذ صيدا غيره فى وجهه ذلك أيؤكل قال نعم قال شيخ الاسلام خواهر زاده
هذا مذهب علمائنا وقال مالك بأنه لا يحل وأجمعوا أنه لو انحرف يمينا وشمالا فأخذ صيدا وقتله فانه لا يحل وقال الحاكم
الشهيد فى الكافى واذا أرسل كلبه أو بازه الى صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عددا من الصيد فهو كله حلال ما دام فى وجه ارساله فان قتل واحدا أو جثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل لانه خرج من حال الارسال الى هنا لفظ الكافى اهـ (قوله فكمن) أى استتر اهـ قال فى المصباح كمن كمونا من باب قعد توارى واستخفى اهـ (قوله قال أى السرخسى) ناقلا عن شيخه شمس الائمة اهـ كاكى (قوله فينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه) قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرحه يقال ان فى الفهد خصالا لو كان واحد منها فى بنى آدم لكان من أشرف الناس اهـ (قوله ومنها أنه) أى لا يأكل الميتة وانما يأكل الذكية يعنى أنه لا يأكل الخبيث وانما يأكل الطيب اهـ غاية (قوله وكذا الكلب) قال الكرخى فى مختصره وكذلك الكلب اذا أرسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاده وذلك لان المكث ساعة حيلة منه للاصطياد لا للاستراحة فيعتذ ذلك من
حذاقة الحيوان فلا يكون قاطعا للارسال بل يكون من أسباب الاصطياد كالوثوب والعدو اهـ غاية (قوله ولو أرسل كلبه الخ) قال أبو الحسن
الكرخى فى مختصره واذا أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على
صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه كلبه الآخر فقتله أكل قال القدورى فى شرحه وذلك لان هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب
الا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الاول وما لا يمكن تعلمه يسقط اعتباره فكان قتله بجرح واحد اهـ اتقانى رحمه الله

أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله يؤكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله انسان أولا لا يؤكل لوقوع الشك فى الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو أرسل كلبه على صيد فأخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه آخر فقتله أكل وكذا لو أرسل كلبين فجرحه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسال أحدهما بعدما أثخنه الاول ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فجرحه أحدهما وقتله الآخر أكل اذا كان ارسال الثانى قبل أن يثخنه الاول لما بينا والملك لصاحب الاول ان كان أثخنه قبل أن يجرحه الثانى لانه أخرجه عن حد الصيد به فملكه ولا يحرم بجرح الثانى بعدما أثخنه الاول لان الارسال الثانى حصل الى الصيد لكونه قبل أن يثخنه لان المعتبر فى الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا تعتبر بعده لعدم قدرته عليه قال رحمه الله (وان رمى وسمى وجرح أكل) أى رمى الى الصيد فأصابه يؤكل اذا جرح لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع فى ماء فانك لا تدرى الماء قتله أم سهمك رواه البخارى ومسلم وأحمد وشرط الجرح لما روى عن ابراهيم عن عدى بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل وان لم تخزق فلا تأكل ولا تأكل من المعراض الا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة الا ما ذكيت رواه أحمد ولا فرق فى ذلك بين أن يصيب الرمى بنفسه أو غيره من الصيد كما فى ارسال الكلب على ما بينا وفى اطلاق قوله فى المختصر فان رمى وسمى وجرح أكل اشارة اليه حيث لم يعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا آخر ثم تبين أنه حس صيد يحل أكله سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غير مأكول بعد أن كان المصاب مأكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ حرمته ألا ترى انه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر فى جلده وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلا تحت قوله واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا واباحة التناول ترجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره وان تبين أنه حس جراد أو سمك ذكر فى النهاية معزيا الى المغنى أن المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة وأورده على قول صاحب الهداية ثم تبين انه حس صيد حل المصاب فقال كان من حقه أن يقال ثم تبين انه حس صيد يحتاج فى حل أكله الى الذبح أو الجرح وقال صاحب الهداية فى آخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله لانه صيد وفى رواية أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه أن يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك

(قوله فان وجدته قد قتل) أى بجرح اه (قوله اذا رميت فسميت فخزقت فكل) وفى حديث عدى أنه قال عليه الصلاة والسلام ارم بالمعراض فيخزق قال ان خزق فكل وان أصاب بعرضه فلا تأكل وفى حديث آخر ما خزقتم فكلوه اذا ذكرتم اسم الله عليه والسين لغة والراء تصحيف قاله فى المغرب فى الخاء مع الزاى المعجمتين اه (قوله سواء كان الصيد المسموع حسه الخ) يعنى رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد فأصاب سهمه صيدا غير المسموع حسه فظهر أن المسموع حسه كان صيدا لا آدميا ولا شاة ولا نحو ذلك حل ما أصابه سهمه اذا كان مما يؤكل لحمه سواء كان المسموع حسه مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لانه قصد الاصطياد بالرمى وكذلك اذا أرسل كلبه أو بازه فى هذه الصورة اه اتقانى قال القدورى فى شرحه وجملة هذا الباب أن من سمع حسا فظنه صيدا فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهمه فأصاب صيدا وبان أن الحس الذى لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدميا لم يؤكل الصيد الذى أصابه فى قولهم لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمى يعلم به فأصاب صيدا لم يؤكل وأما اذا كان الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول فان أصاب صيدا مأكولا أكل وقال زفر ان كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع وما أشبهها لم يؤكل وروى عن أبى يوسف أنه قال ان كان حس سبع أكل الصيد وان كان حس خنزير لم يؤكل الصيد اه غاية (قوله وزفر خص منها) أى من جملة المسموع حسه اه (قوله فيثبت) أى يثبت التناول القيد بقدر ما يقبل المحل يعنى ان كان يقبل المحل التناول من حيث اللحم يثبت تناول اللحم وان كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده وان لم يقبل تناولهما جميعا كما فى الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته فاذا كان الاصطياد مباحا حل المصاب اذا كان مأكول اللحم وان كان المسموع حسه لا يحل أكله اه غاية (قوله بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا) أى أو شعرا أو ريشا أو دفع أذيته اه غاية (قوله صار كأنه رمى الى صيد) أى مأكول اه (قوله لانه صيد) أى وان كان لا ذكاة له اه غاية

القيد الذي ذكره وفي فتاوى قاضيخان لو رمى الى جراد أو سمكة وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله حل أكله وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان والصحيح أنه يؤكل وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلا وان تبين أن المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى طائر فأصاب غيره من الصيود وفر الطائر ولا يدري أهو وحشي أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدري أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين أنه صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية وقال في المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان أو دابة أو حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيدا آخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين أن يرميه وهو يريد الصيد وأن يكون الذي أراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يؤكل أولا وهذا يناقض ما ذكره في الهداية وهذا أوجه لان الرمي الى الآدمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو أصاب صيدا وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه أيضا من قوله وان تبين أنه حس آدمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هنا أن يحل لان المصاب صيد كما في هذه المسئلة بل أولى لان مقصوده أيضا فيها صيد وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة الى ذكره وقال فيه لو رمى الى آدمي أو بقر أو نحوه وسمى فأصاب صيدا أكل ولا رواية لهذا في الاصل ولابي يوسف فيه قولان في قول يحل وفي قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبي يوسف فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين أن صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما أصابه لاحتمال أن يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب قال رحمه الله (وان أدركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم) لما روينا وبينا في الكلب من المعنى لان كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد في أحدهما واردا في الآخر دلالة لاستوائهما من كل وجه والله أعلم قال رحمه الله (وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا) لقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله ما لم ينتن رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وروي أنه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل أن يموت بسبب آخر فيعتبر فيما أمكن التحرز عنه لان الموهوم في الحرمات كالمحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان اعتباره فيه يؤدي الى سد باب الاصطياد وهذا لان الاصطياد يكون في الصحراء بين الاشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله في موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس في الكل الا أنا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الاصل فيما يمكن وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنك اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبني الامر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقهاء أصحابنا رحمهم الله ولو حمل

(قوله وان تبين الخ) قالوا ولو أرسل كلبه على طير موثق فأصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق لا يجوز صيده بالكلب وهو كالشاة ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظباء فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا الارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على فيل فأصاب صيدا كذا ذكر القدوري في شرحه اه اتقاني (قوله حل المصاب) وهذا مبني على أن الطير الداجن اذا ورى في الصحراء لم يحل بالعقر لانه يأوي البيوت فتثبت اليد عليه الا أنه اذا رمى الى طير ثم شك فيه فالاصل في الطير التوحش حتى يعلم الاستئناس فيتعلق برميه الاباحة اه غاية (قوله وقال فيه) أي في المنتقى اه (قوله والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب) لفظ كالكلب هو بخط الشارح والظاهر بدل كالكلب كالسهم فليتأمل

ماذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر ومارويناه من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من يمنع ذلك وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا أثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل رواه مسلم والنسائي وفي رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال له اذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله رواه أحمد والنسائي وفي رواية أن عديا رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله أرمي في الصيد فأجد فيه سهمي من الغد قال اذا علمت أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل رواه الترمذي وصححه ولانه محتمل تحققت فيه الامارة فيحرم بخلاف ما اذا كان بلا أمارة على ما بينا وحكم ارسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمي قال رحمه الله (ولو رمى صيدا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض حرم) لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله أو سهمك رواه البخاري ومسلم وأحمد ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا رميت سهمك فكل واذا وقع في الماء فلا تأكل رواه البخاري وأحمد ولانه احتمل موته بغيره اذ هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحرف في المحتمل في هذا الباب وهذا فيما اذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لان موته مضاف الى غير الرمي وان كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذي مر ذكره في ارسال الكلب قال رحمه الله (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكنه التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف ما اذا أمكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدي الى سد بابه لان اعتباره لا يؤدي الى الحرج فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل في الشرع ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يتردحل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء ولانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الاشياء قتله بحده أو بترديه وهو يمكن الاحتراز عنه وقال في المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور في الاصل ولكن يجوز أن يكون اطلاق الجواب المذكور في الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم متردد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم فيحمل اطلاق الجواب في الاصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما اذا أصابه حد الصخرة فانشق لذلك وحمل المذكور في الاصل على أنه اذا لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه فحل لذلك فكلا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل ما ذكره في الاصل على ما اذا مات بالرمي وما ذكره في المنتقى على ما اذا مات بغيره وفي لفظ المنتقى اشارة اليه ألا ترى أنه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أي غير الرمي وهذا يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالي به وان كان المرمي مائيا فان لم تنغمس الجراحة في الماء أكل وان انغمست لا يؤكل لاحتمال الموت به دون الرمي لان تشرب الجرح الماء سبب لزيادة الالم فصار كما اذا أصابه السهم قال رحمه الله (وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم) لما رويناه من حديث ابراهيم ولما روي أن عدي بن حاتم قال للنبي صلى الله عليه وسلم اني أرمي الصيد بالمعراض فأصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخزق فكله وان أصاب بعرضه فلا تأكله رواه البخاري ومسلم وأحمد ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقأ العين رواه

(قوله ولكنه خلاف الظاهر) لا نسلم أنه خلاف الظاهر بل يتعين الحل عليه اه (قوله ولانه محتمل) أي موته بجراحة سوى جراحة سهمه اه (قوله والبازي) في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمي يعني اذا أرسل الكلب أو البازي المعلم على صيد فجرحه فغاب ثم وجده ميتا فان كان لم يقعد عن طلبه حل اذا لم يكن به جراحة أخرى فان كان قعد عن طلبه أو كان به جراحة أخرى لم يحل اه غاية (قوله بخلاف ما اذا كان الخ) قال الاتقاني والوقوع في الماء مما يمكن الاحتراز عنه فانه قد لا يقع في الماء بخلاف السقوط على الارض لانه مما لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره (قوله في المتن وما قتله المعراض) والمعراض سهم بلا ريش ولا نصل يمضي عرضا اه غاية (قوله فخزق) بالخاء والزاي المعجمتين وبالراء تصحيف اه مغرب يقال خزق المعراض بالزاي أي نفذ وبالراء المهملة في الثوب اه

البخارى ومسلم وأحمد ولان الجرح لابدمنه لما بينامن قبل والبندقة لاتجرح وكذا عرض المعراض وان رماه بالسكين أو السيف فان أصابه بحدّه أكل وان دقّ فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لايؤكل وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدّة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح ولو جعل الحجر طويلا كالسهم وهو خفيف وبه حدّة فرمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لايحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماها بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه أو أبان رأسه لان العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ويحتمل أنه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لايحل لانه قتله ثقلا لاجرحا الا اذا كان له حدّ فبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والاصل فى جنس هذه المسائل أن الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا وان جرحه فمات وكان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لايحل لانعدام معنى الذكاة وهو اخراج الدم النجس وشرط النبى صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله أنهر الدم بما شئت رواه أحمد وأبوداود وغيرهما وقيل يحل لاتيان مافى وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس فى وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد ينحبس لغلظه أو لضيق المنفذين العروق وكل ذلك ليس فى وسعه وقيل ان كانت الجراحة كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لايحل الا بالادماء لان الكبيرة انما لايخرج منها الدم لعدمه والصغيرة لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه وان ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل أكلها وقيل لايحل فالاول قول أبى بكر الاسكاف والثانى قول اسمعيل الصفار ووجه القولين دخل فيما ذكرنا واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لا العضو) وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من بهيمة وهى حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان منه بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع فى الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا أبين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع فى هذه الحالة فى الماء أو تردى من الجبل لايحرم لان موته حصل بالابانة حكما فلا يضاف الى غيره وان كان حصل بذلك حقيقة وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لقيام الحياة فى الباقى حقيقة وحكما على ما بينا وانما يقع ذكاة عند موته وفى ذلك الوقت لايظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزواله بالانفصال فصار الاصل فيه أن المبان من الحى حقيقة وحكما لايحل والمبان من الحى صورة لاحكما يحل بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حى صورة لاحكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من أنه لايؤثر فيه وقوعه فى البئر فى هذه الحالة وكذا يحل أكله فى هذه الحالة وان كان يكره لما فيها من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لانه حى حقيقة وحكما حتى لايثبت له شئ من هذه الاحكام قال رحمه الله (وان قطعه أثلاثا والاكثر مما يلى العجز أكل كله) لان المبان منه حى صورة لاحكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة فى الحال فحل كله كما اذا أبين رأسه فى الذكاة الاختيارية وكذا اذا قدّ نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى وان ضرب عنق شاة فأبان رأسها تحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لاتحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده أو رجله ولم ينفصل ثم مات ان كان يتوهم التئامه واندماله حل أكله لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقى متعلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى

(قوله ولو رماه بمروة حديدة) أى حادّة وهى صفة لمروة وهى الحجر الابيض الرقيق اه غاية (قوله ولم تبضع) البضع الشق والقطع اه مغرب (قوله قيل لايحل) قال الاتقانى رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطرار لم يشترط فرى الاوداج فكذا لايشترط الانهار اه (قوله وقيل يحل) أى صغيرة كانت الجراحة أو كبيرة وهو الاصح عندى لان أصل الجرح كاف فى ذكاة الاضطرار اه اتقانى (قوله لعدمه) كما اذا علفه ورق العناب فاحتبس دمه وخروج الدم حال عدمه فيما ليس بشرط للاباحة اه غاية (قوله وان ذبح شاة ولم يخرج منها دم الخ) انظر عبارة المتن فى آخر الذبائح اه (قوله واذا أصاب السهم الخ) ذكر الاتقانى عقيب هذه المسئلة عبارة الولوالجى التى نقلتها فيما تقدم فى فصل فيما يحل وما لايحل عند قوله فى المتن ولو ذبح شاة فتحركت الخ على قوله وعن أبى حنيفة أنها الخ اه والله الموفق (قوله لما فيها) والذى بخط الشارح لما فيه اه (قوله وان ضرب عنق شاة) أى بسيف وسمى اه هداية

والعبرة للمعانى قال رحمه الله (وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) لانهم ليسوا من أهل الذكاة فى حالة الاختيار فكذا فى حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من أهل ذكاة الاختيار فى حق الصيد فكذا لا يكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابى لانه من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه الله (وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للثانى وحل) لانه هو الآخذ له وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وانما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح أى موضع كان وقد وجد قال رحمه الله (وان أثخنه فللاول وحرم) لانه لما أثخنه الاول فقد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيار به فوجب عليه ذكاته لما بينا ولم يذكه وصار الثانى قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل أولى أن يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لان موته يضاف الى الثانى أما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان موته لا يضاف الى الرمى الثانى فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته ولو كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بأن كان يبقى يوما أو دونه فعند أبى يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل قال رحمه الله (وضمن الثانى للاول قيمته غير ما نقصته جراحته) أى ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحة الاول لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما أتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو أتلف عبدا مريضا أو شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض أو الجرح وقال صاحب الهداية وغيره تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الاول بحال يسلم منه والثانى بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى قال صاحب الهداية قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول وهو ضمان ما نقصته جراحته فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمنه أولا وأما الثانى وهو ضمان نصف قيمته حيا فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعنى الجراحة الأولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا أى الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه وهذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين بيانه أن الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الاولى يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير ما نقصته جراحته وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته بقى من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعنى به نصف قيمته حيا ثم اذا مات

(قوله فى المتن وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) ولا بأس بأكل سمكة يصيدها مجوسى لانها تحل من غير تسمية فان المسلم اذا أخذ سمكة وترك التسمية عليها تحل وما يحل بدون التسمية فالمجوسى وغيره فيه سواء اھ نهاية فى الذبائح (قوله وهذا) أى قوله حرم اھ

يضمن النصف الآخر بعد الموت وهو ثلاثة أيضا لانه فوت عليه اللحم فلا يضمن النصف الآخر بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بأن ضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا اذا كانت حياته بينة عند رمي الثاني وكان الرمي الثاني بعد ما أثخنه الاول أما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثاني ويؤكل لان موته لا يضاف الى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم أن الموت حصل من الجراحتين أولا يدري ولو رمياه معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه الاول أو بعد ما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الاول وأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثاني فقتله فهو للاول ويؤكل وقال زفر رحمه الله لا يحل أكله لان حالة اصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما اذا رماه الثاني بعد ما أثخنه الاول قلنا عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا تشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر عنده الا أن الملك يثبت للاول لان سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل أن يتصل سهم الثاني به فحاصله أن المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لان الرمي الى صيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لان الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته وفي حق الملك يعتبر وقت الاثخان لان به يثبت الملك وزفر يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو رميا معا وأصاباه فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بالاثخان ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فأرسل آخر بازيه فقتل ذلك الصيد كان الصيد للثاني وحل لان يد البازي الاول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك أما القتل فهو اتلاف والبازي من أهل الاتلاف فينقل الى صاحبه ولو رمى سهما فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا ولو رمى سهما فأصاب سهما موضوعا على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني وأصاب صيدا فقتله حل لان اندفاع السهم الثاني بواسطة الاول فأضيف الى راميه كأنه رماه به ولو رمى سهما الى صيد ورمى رجل آخر الى ذلك الصيد أو غيره فأصاب السهم الثاني السهم الاول وأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله جرحا ينظر ان كان السهم الاول بحال يعلم أنه لا يبلغ الى الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لانه هو الآخذ له حتى لو كان الثاني مجوسيا أو محرما لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ وان كان الثاني مجوسيا أو محرما لا يحل استحسانا لانه أوجب زيادة قوة في السهم الاول فأوجب الحرمة احتياطا مجوسي رمى صيدا أو أرسل كلبه فأقبل الصيد هاربا من سهمه أو كلبه فرماه مسلم أو أرسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع كلبه كره لان فعل المجوسي اعانة لانه لولا فعله لما قدر المسلم على قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والاعانة توجب الكراهة أما اذا فعل ذلك بعد وقوع سهم المجوسي في الارض أو بعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل المجوسي لم يبق حال رمي المسلم وارساله ولو رمى سهما الى صيد فصرفته الريح عن سننه حل لعدم امكان التحرز عنه بخلاف ما اذا أصاب السهم حائطا أو صخرة فارتد وأصاب صيدا حيث لا يحل لان الرمي قد انقطع بالارتداد الى وراء وكذا اذا ردته الريح الى وراء لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا رجع الى وراء بضرب رجل آخر بسهمه حيث يحل اذا كان رميه بقصد الاصطياد لان الاول انقطع فكان مضافا الى الثاني فيحل ولو انحرف يمنة أو يسرة باصابة الحائط ولم يرجع الى وراء حل لما ذكرنا في الريح ولان قوة الرمي لم تنقطع فيضاف الى الرامي ولو هبت الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فأصاب الصيد فلا بأس بأكله لان فعل الريح ليس من جنس فعل الرامي فلم يتحقق بهذه الاعانة شبهة الشركة فبقيت الاصابة مضافة الى الرمي قال رحمه الله (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير

(قوله أو أثخنه ثم أصابه الثاني) لا يدل على وجود الرمي قبل الاثخان وهو شرط للحل اه

مناسبة الرهن بالصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال اه غاية (قوله في المتن هو حبس شئ بحق) قال الاتقاني وانما قيدنا بالحق لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب والحق يشملهما وقال القدوري في شرحه الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لانهما عقد وثيقة بذمة وينفصل من المبيع في يد البائع لانه وثيقة وليس بعقد على وثيقة اه (قوله وأرهنته) قال في الصحاح رهنته الشئ وأرهنته الشئ بمعنى اه (قوله والجمع) أى جمع الرهن اه (قوله ورهن) ظاهره أن رهنا جمع رهن وقد صرح بذلك غير الشارح قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن قال الاتقاني والرهان جمع الرهن كالعباد والزناد في جمع العبد والزند

وقرأ أبو عمرو وابن كثير فرهن مقبوضة وهي جمع الجمع اه قال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال أبو عمرو بن العلاء رهن بضم الهاء قال الاخفش وهي قبيحة لانه لا يجمع فعل على فعل الا قليلا شاذا قال وذكر أنهم يقولون سقف وسقف قال وقد يكون رهن جمعا للرهان كأنه يجمع رهن على رهان ثم يجمع رهان على رهن مثل فراش وفرش اه (قوله بأى سبب كان) يعني معناه لغة مطلق الحبس اه (قوله فاروى) أى محمد في الاصل عن أبي يوسف عن الاعمش عن ابرهيم عن الاسود اه اتقاني (قوله ورهنه درعا من حديد) فيه فوائد احداها أنه لا بأس بالبيع والشراء نسيئة ولا كراهة فيه ومن الناس من قال يكره لما فيه من طول الامل فانه روى عن أسامة أنه اشترى شيأ بدراهم نسيئة فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ان أسامة لطويل الامل والله لا أفتح عيني الا وأخشى على نفسي الموت قبل أن أردهما وعامة العلماء لم يرو بأسا بهذا الحديث وفيه دليل على أنه لا بأس بالاستدانة فان الشراء نسيئة استدانة وكان ذلك مكروها في ابتداء الاسلام لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يشدد في أمر الدين وكان لا يصلي على من مات وعليه دين ثم رخص في ذلك ووعد لمن عليه الدين وعدا جميلا وكان يقول ان الله في عون العبد المسلم اذا كان عليه دين وهو يريد قضاءه ولكن الافضل للانسان أن يتسارع قضاءه لئلا يدركه الموت وهو عليه فانه لا حائل بين الجنة والعبد بعد الكفر الا الدين الا أن يتفضل الله تعالى عليه فيرضي خصماءه وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء والمعاملة مع أهل الذمة اه اتقاني (قوله فيجوز كما يجوز الوثيقة) بيانه أن الدين له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا في الذمة ثم يستوفي المال بعد ذلك ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكانت الوثيقة التي بطرف الوجوب

قيد بالمأكول اذ الصيد لا يختص بالمأكول قال الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال

ولان اصطياده سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله أعلم

﴿ كتاب الرهن ﴾

قال رحمه الله (هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين) هذا حده في الشرع وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيأ ورهنته عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن والرهن في اللغة جعل الشئ محبوسا أى شئ كان بأى سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال الشاعر

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع واحتبس قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه وأما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل أو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمنع وجوب الزكاة على من هو في يده في ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلصا ولا يجب الضمان الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها ألا ترى أن الحوالة المقيدة بالاعيان المضمونة بنفسها لا تبطل بهلاكها والمقيدة بغير المضمونة بأعيانها تبطل به ولولا أن الوجوب أو شبهته لوجود سببه ثابت لبطلت والرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فرهن مقبوضة وأما السنة فما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخاري وقد انعقد الاجماع عليه ولانه وثيقة في جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة في جانب الوجوب وهي

الكفالة

الكفالة والحوالة والجامع أن الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين فان المستدين قلما يجد من يداينه بلا رهن والمدين يأمن بالرهن من التوى بالجحود أو باسراف المدين فى ماله بحيث لم يبق منه شئ أو بمحاصصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما كما فى الكفالة والحوالة فشرع قال رحمه الله (ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا) وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به قال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة والجامع أن كل واحد منهما مايختص بالمال من الجانبين ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف فى الصدقة والهبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء فى جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشئ الموصوف يقتضى أن يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحرر رقبة مؤمنة ولان الرهن عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلابد من الامضاء بعدم الرجوع كما فى الوصية والصدقة والهبة والامضاء يكون بالقبض وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع وبالثانى عن المشغول وبالثالث عن المتصل فاذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال قال رحمه الله (والتخلية فيه وفى البيع قبض) والصواب أن التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم وانما يكتفى بالتخلية لانه هو فى غاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله أن الرهن فى المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء اذ لم يكن الرهن مضمونا على أحد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض حقيقة كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل للضمان من البائع الى المشترى فان المبيع قبل التسليم مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشترى بالقبض والاول أصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فأشبه البيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة لثبوته بدون قبض حقيقة وهو النقل قال رحمه الله (وله أن يرجع عن الرهن مالم يقبضه) أى للراهن أن يرجع عن الرهن مالم يقبضه المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا لزوم على المتبرع مالم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك رحمه الله وقد ذكرناه قال رحمه الله (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) فلو هلك وقيمته مثل دينه

الذى يختص بالمال جائز أيضا اعتبارا بطرف الوجوب بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود فلما شرعت الوثيقة فى حق الوسيلة فلأن تشرع فى حق المقصود أولى كذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده والوثيقة ما يوثق به الشئ ويؤكد به اهـ اتقانى (قوله فى المتن ولزم بايجاب وقبول) قال الشيخ باكير قالوا الركن مجرد الايجاب لانه تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة وأما القبول فشرط وفى المحيط ما يدل على أنه ركن وأما القبض فشرط اللزوم اهـ قوله الركن مجرد الايجاب واختلفوا فى القبول قال بعضهم انه شرط قاله مسكين وقوله وفى المحيط ما يدل على أنه ركن قال الشيخ مسكين والظاهر من المحيط والمنتقى أنه ركن حتى لا يحنث من حلف لا يرهن بدون القبول اهـ وكتب على قوله فى المتن ولزم بايجاب وقبول الخ وفى نسخة ولزم بايجاب وقبول وقبضه وعليها فلا سهو والله أعلم وعليها شرح الشيخ باكير كما شاهدت ذلك فى خطه اهـ (قوله ولكنه ينعقد بهما) قال بعضهم هذا سهو من الشارح لان الركن الايجاب وحده لان الرهن عقد تبرع وهو يتم بالراهن كالهبة والصدقة اهـ قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت وفيه نظر اذ هو عقد فلابد من وجود شطريه وليس فى كلام الشارح أنه ركن اهـ (قوله وقال مالك يلزم بنفس العقد) أى ولا يشترط فيه القبض اهـ (قوله ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر الخ) وصف الرهن بكونها مقبوضة والنكرة اذا وصفت عمت كقوله والله لا أكلم الا رجلا كوفيا فيقتضى أن يكون كل الرهن مشروعا بهذه الصفة اهـ اتقانى (قوله ونظيره قوله تعالى) أى قوله تعالى فعدة من أيام أخر وقوله تعالى اهـ (قوله ولان الرهن عقد تبرع) قال الاتقانى ولانه عقد تبرع بدلالة أن الانسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه كالوصية ولان الراهن لو مات قبل أن يقبض المرتهن لم تجبر ورثته على القبض فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم ورثته كالبيع اهـ اتقانى (قوله ولهذا لا يجبر) أى الراهن اهـ (قوله عليه) أى على عقد الرهن اهـ (قوله احترز بالاول عن المشاع الخ) يعنى فان رهن ذلك لا يجوز لكن هل رهنها باطل أو فاسد ينظر فى الباب الآتى فان الكلام هنا مجمل اهـ وسيأتى مفصلا والله الموفق اهـ (قوله فى المتن والتخلية فيه) يريد المصنف أن حكمها حكم القبض حتى تتم به ولا يصح الرجوع بعده فى الرهن ولا البيع اهـ (قوله والقبض فعل المتسلم) قال العينى بعد أن حكى اعتراض الشارح قلت اذا كانت التخلية تسليما فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أو لا فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم لانه هو المقصود اهـ وقال الاتقانى يعنى أن الراهن اذا خلى بين المرتهن والمرهون يصير قابضا كما اذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشترى وهذا لان قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع فثمة يكتفى بالتخلية فكذا هنا اهـ (قوله لا يثبت الا بالنقل) وبه قال أحمد اهـ ع (قوله بخلاف البيع) أى حيث يكتفى فيه بالتخلية اهـ

صار مستوفيا دينه وان كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا وان كانت أقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل وقال الشافعى رحمه الله الرهن كله أمانة فى يد المرتهن لا يسقط من الدين شئ بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطنى قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه أى للراهن الزوائد وعليه غرمه أى لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكها اعتبارا بهلاك الصك والشهود وبهلاك الوثيقة فى جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة يراد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار أمانة ضرورة ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة فى يد المرتهن والقبض فى الكل واحد فلا يثبت الضمان فى البعض دون البعض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق فى الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى البيان لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق ولان الحق ذكر معرفا بالاضافة فيعود الى المذكور أولا وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا أدرى كم كان قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفية الضمان فمذهب عمر رضى الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وعن على رضى الله عنه أنه قال يترادان الفضل وقال الحسن هذا محمول على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن يرد عليه الفضل وقد روى عن محمد بن الحنفية عن على رضى الله عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشئ مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان لفظه ينبئ عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا له اليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين أو لضجره فاذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفى الدين بعده يؤدى الى الربا لانه يكون استيفاء ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان استيفاء الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا يقال انما صار مستوفيا بملك اليد لا بملك الرقبة وقد بقى حقه فى ملك الرقبة فكان له أن يستوفيه ليأخذ حقه كملا أو صار مستوفيا بالمالية دون العين فيكون له الاستيفاء ثانيا ليأخذ حقه فى العين كملا لانا نقول لا وجه الى استيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد أو ملك العين بدون ملك المالية اذ لا يتصور ذلك فيسقط للضرورة كما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد فان حقه فى الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين فاذا لم يملك العين

(قوله صار مستوفيا دينه) أى من وقت القبض السابق كما سيأتى (قوله لا يغلق) من باب علم اه (قوله قال) اى الشافعى اه (قوله وهو الحوالة والكفالة) اذ بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن اه (قوله ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق الخ) قال القدورى فى شرحه ولا يجوز أن يقال المراد ذهب حقك من الامساك لان ذلك يعلم مشاهدة ولا من المطالبة برهن آخر لان ذلك لم يكن حقا له فلم يبق الا أن يكون المراد ذهب حقك من الدين اه اتقانى وكتب ما نصه حدث الطحاوى فى شرح الآثار عن محمد بن خزيمة قال حدثنا عبيد الله بن محمد التيمى قال أخبرنا عبد الله بن المبارك قال أخبرنا مصعب بن ثابت عن عطاء بن أبى رباح أن رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس فى يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب حقك فدل هذا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضياع الرهن اه اتقانى (قوله حتى روى عن شريح الخ) قال الاتقانى روى عن شريح أنه قال الرهن بما فيه ولو كان خاتما من حديد بمائة درهم كأنه جعل الدين بمنزلة البيع قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وهذا قول لا يؤخذ به لانه وثيقة بالدين وهو ينافى معنى الوثيقة اه (قوله واحداث قول رابع الخ) قال الاتقانى ثم اعلم ان أحدا من الصحابة والتابعين لم يروعنه أن الرهن فى مقدار الدين ليس بمضمون بل هم اتفقوا أنه مضمون فى مقدار الدين وانما اختلفوا فى الزيادة على قدر الدين فعند عمر رضى الله عنه هى أمانة وقول الخصم انه أمانة فى مقدار الدين خرق للاجماع فلا يسمع اه (قوله بدون ملك اليد) يعنى اذا رد الرهن الى صاحبه يفوت ملك اليد عن المرتهن ولا يمكن القول بالاستيفاء حينئذ لان استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور لانه محال فاذا لم يمكن الاستيفاء ولو طلب الراهن بأداء الدين لا يلزم الربا لانه لم يتكرر الاستيفاء اه اتقانى (قوله فاذا) أى اذا ثبت أن الاستيفاء يقع بالمالية دون العين بقيت العين أمانة فى يد المرتهن اه قارئ الهداية وكتب ما نصه فى هذا الكلام خلل اه من خط قارئ الهداية

بقى

بقي ملك الراهن فيه أمانة في يده فتكون نفقته حيا وكفنه ميتا عليه لانهما مؤنة الملك ولو اشتراه المرتهن لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لان عينه أمانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون وقوله عليه الصلاة والسلام لصاحبه غنمه وعليه غرمه قلنا يحتمل أن يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للضارب صاحب المال وعن أبي يوسف رحمه الله في تفسير الحديث ان الفضل في قيمة الرهن لرب الرهن فلا يكون مضمونا ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن أبي عبيدة انهما بمعنى واحد تقول رجع الرهن الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا كان الحديث مؤولا لايلزم حجة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لايغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف وعن النخعي رحمه الله في رجل دفع الى رجل رهنا وأخذ منه درهما فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لايغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته بخلاف الصك والشهود لانه لا استيفاء فيهما حتى يسقط دينه بالهلاك فحاصله أن حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله أولى به وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها منها ان الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لايمنع منه لانه لاينافي موجبه وهو تعينه للبيع ومنها أن حكم الرهن يسري الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لايسري لان الولد الحادث بعد الاستيفاء في حقيقة الاستيفاء يكون للمستوفي فكذا في الاستيفاء الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن تعينه للبيع فتعين عين المبيع لايوجب تعين عين أخرى له ومنها ان رهن المشاع لايجوز عندنا لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم لايتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه ثم كيفية الضمان ما ذكره في المختصر وهو أن يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين الى آخر ما ذكره على ما بينا وقال زفر رحمه الله الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كان قيمته أكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول علي رضي الله عنه يترادان الفضل في الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة كما في قدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد استيفاء فلا توجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء بأن أوفاه دراهم في كيس أكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل أمانة والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد في المروي عن علي رضي الله عنه حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن أمين في الفضل وروى ابن الحنفية عنه أنه مثل مذهبنا فلم يبق فيه حجة وكيفية الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة وقد هلك الرهن أن يقال لمن في يده العين سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين لان الرهن مضمون بالاقل منهما اذ العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل الى المرتهن العين وجب عليه أن يرد قدر المضمون لان الزائد عليه أمانة وان

(قوله بقي ملك الراهن فيه أمانة) قال في الهداية والاستيفاء يقع بالمالية أما العين أمانة قال الاتقاني وهذا جواب سؤال بأن يقال لانسلم أن الرهن استيفاء الدين من وجه فلو كان استيفاء الدين لايخلو اما ان كان استيفاء لعين الدين أو استيفاء لبدل الدين لا وجه الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لايكون الا من جنسه ولا وجه الى الثاني لاجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه وبدل الصرف قبل القبض يجوز مع أن الاستبدال بهما قبل القبض لايجوز فأجاب عنه بهذا فاندفع السؤال لان المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكان العين كالكيس فلو كان أوفى حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمونا دون الكيس فكذا هنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين فانها أمانة لانها ملك الراهن ونفقتها عليه اه (قوله ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم لايغلق الرهن) أي لايملك بالدين (قوله له غنمه) أي زوائده وعليه غرمه أي نفقته وكفنه اه وكتب ما نصه قال في الفائق يقال غلق الرهن غلوقا اذا بقي في يد المرتهن لايقدر على تخليصه وكان من أفاعيل الجاهلية أن الراهن اذا لم يرد ما عليه في الوقت المؤقت ملك المرتهن الرهن اه غاية (قوله بأن يصير مملوكا له) أي للمرتهن اه (قوله منها) أي منها أن الرهن أمانة عنده واذا هلك لايسقط الدين وعندنا يسقط ومنها اه غاية (قوله وهو تعينه للبيع) أي وقضاء الدين من ثمنه اه (قوله يسري الى الولد عندنا) لانه صفة شرعية للام فيسري الى الولد لملك الرقبة اه اتقاني (قوله ومنها أن رهن المشاع الخ) ومنها أن للراهن أن ينتفع بالمرهون ويشرب لبنها عنده لانه باق على ملكه وعندنا ليس له ذلك لان فيه ابطال ملك اليد عليه ومنها أن الراهن اذا أعتق عبده المرهون بطل اعتاقه وعندنا ينفذ ويضمن قيمته ان كان موسرا ويكون رهنا مكانه وان كان معسرا سعى العبد في قيمته اه غاية (قوله وعنده يجوز لامكان بيعه) أي واستيفاء الدين من ثمنه اه غاية وروى ابن الحنفية عن علي أنه قال اذا كان الرهن بأكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه أمين في الفضل وان كان بأقل مما رهن به رد الراهن الفضل اه اتقاني

(قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) وقيد الدين بالمضمون على وجه التا[كيد] ليدلوا الا جميع الديون مضمونة كذا قال فى شرح الا[قطع]
وقيل أريد بالدين المضمون ما كان واجبا للحال أى لا يصح الا بدين واجب للحال لا بدين سيجب واحترز به عن الرهن بالدرك فانه لا يصح
وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وقيل احتراز عن بدل الكتابة فان الرهن به لا يصح لان المضمون هو الذى لا يسقط الا
بالاداء أو بالابراء وبدل الكتابة ليس كذلك لانه يسقط بتعجيز النفس وفى الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة والاصح ما قاله فى شرح
الاقطع اه اتقانى (قوله للمرتهن أن يطالب الراهن الخ) قال الكرخى ويبيع الحاكم الرهن فى دين المرتهن على قول أبى يوسف ومحمد
ولا يبيعه فى قول أبى حنيفة ولكن الحاكم يحبس الرهن حتى يؤدى الدين أو يبيع هو الرهن فيؤدى دينه الى هنا لفظ الكرخى قال
القدورى فى شرحه وهذا فرع على (٦٦) اختلافهم فى الحجر بالفلس فعند أبى حنيفة أن الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن
يحبسه حتى يبيعه وعلى قولهما اذا امتنع من البيع باع عليه اه اتقانى (قوله فكذلك الجواب) أى يؤمر المرتهن باحضار الرهن أولا اه غاية (قوله ولا يكلف احضار الرهن) أى ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلبه الراهن لانه غائب فيحتمل الهلاك فيبطل أيضا الدين فاذا حلف اقتضى دينه اه غاية وكتب ما نصه قال فى الكافى واذا طالب المرتهن بالدين أمر المرتهن باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلو أمر بقضاء الدين قبل احضار الرهن فربما هلك الرهن بعد ذلك أو يكون هالكا قبل ذلك فيصير مستوفيا دينه مرتين فاذا أحضره أمر الراهن بتسليم دينه أولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما
فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا وكذا ان طالبه بالدين فى غير بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة لان بيعه
الاماكن كلها كمكان العقد فيما لا حمل له ولا مؤنة ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فى السلم بالاجماع فيؤمر باحضاره وان كان
حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يكلف المرتهن على احضار الرهن لان المرتهن عاجز عن الاحضار والتسليم غير واجب فى بلد لم يجر فيه العقد ولا
هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لان العين أمانة ولكن للراهن أن يحلفه بالله ما هلك اه قلت
والحاصل أن المرتهن اذا طالب الراهن بدينه فلا يخلو إما أن يكون الطالب فى البلد الذى وقع عقد الرهن فيه أو فى غيرها فان كان فيها أمر
المرتهن أولا باحضار الرهن سواء كان له حمل ومؤنة أولا فاذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين وان كان فى غيرها فكذلك فيما لم يكن له حمل
ومؤنة وان كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يؤمر بالاحضار اه (قوله ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن) الذى بخط الشارح لا يكلف المشتـ[رى]
فليتأمل وانظر عبارة الكافى والهداية والنهاية وغيرها يظهر لك ما فى كلام الشارح والله الموفق اه (قوله احضار ثمن) كذا بخط الشار[ح]

هلكت العين المرهون بها قبل الرهن فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين وان هلك الرهن بعد ذلك كان
مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العين حتى يرجع المرتهن على الراهن بالزائد ان كانت قيمة العين أكثر
ولا يرجع الراهن على المرتهن ان كانت قيمة الرهن أكثر لان الفضل من الرهن أمانة كما اذا كان مرهونا
بالدين وفيه فضل وقال القدورى فى مختصره ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وهذا يشير الى أن الرهن
بالاعيان المضمونة لا يصح ويمكن أن يقال ان الموجب الاصلى فيها القيمة وهى دين على ما بينا ووصف
الدين بكونه مضمونا وصف ضائع لا فائدة فيه لان الدين لا يكون الا مضمونا وذكر قاضيخان فى فتواه
وصاحب المبسوط اذا أخذ المولى ببدل الكتابة من مكاتبه رهنا جاز وان كان لا يجوز أخذ الكفيل به وفى
المحيط المكاتب كالحر فى الرهن والارتهان وذكر الطحاوى أنه على قياس قول أبى يوسف ومحمد رحمهما
الله لا يجوز والصحيح الاول لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وهو يملكهما ولو رهن بمكاتبته عبدا
فأبق العبد عتق المكاتب اذا قضى القاضى بذلك وان رجع الآبق بعد ذلك يكون رهنا بمكاتبته والعبد
المأذون له فى التجارة كالمكاتب حتى يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا قال رحمه الله (وله أن يطالب
الراهن بدينه ويحبسه به) أى للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن فى يده لان حقه
باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع بها الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة
على ما بيناه فى القضاء مفصلا قال رحمه الله (ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن بأداء دينه أولا) أى اذا
طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن أولا ليعلم أنه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن
يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدى الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو
محتمل واذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا وهو المراد بقوله والراهن بأداء دينه أولا
ليتعين حق المرتهن فى الدين كما تعين حق الراهن فى الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما فى تسليم المبيع والثمن
يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشترى الثمن أولا لما ذكرنا وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع فيه
العقد فان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها كبقعة واحدة فى
حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فيه فى باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة
يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به
زيادة ضرر لم يلزمه فى العقد ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن لانه لا قدرة له عليه لان

بيعه بأمر الراهن فصح وصار الرهن دينا فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذى يقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان أو عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه وكما يكلف احضار الراهن باستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل اذا ادّعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدّع الراهن هلاكه لانه لا فائدة فى احضار مع اقراره ببقائه وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة لانه لم يصر دينا بفعل الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته وكذا لو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل ولا يدرى أين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذى أودعه العدل الرهن بأن قال هو مالى حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشىء حتى يثبت أنه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به قال رحمه الله (فان كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) أى لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكى يقضى بثمنه الدين لا يجب على المرتهن أن يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى أن يقضى الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع قال رحمه الله (فاذا قضى سلم الرهن) أى اذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه وهذا لانه بايفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يردّه الى صاحبه فيكون مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام فى يده حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفى دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بأمرين بالقبض والدين فاذا فات أحدهما لم يبق رهنا قال رحمه الله (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا واجارة واعارة) لان الرهن يقتضى الحبس الى أن يستوفى دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدى قال رحمه الله (ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) معناه أن يكون الولد أيضا فى عياله لان عينه أمانة فى يده على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذى فى عياله وهو الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى لو أن المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن قال رحمه الله (وضمن بحفظه بغيرهم وبايداعه وتعدّيه قيمته) لما بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الاشياء لكونه متعديا بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بينا فى مودع المودع فى كتاب الوديعة ثم ان قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته وتكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الاجل أخذه بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره ضمن لانه استعمل الرهن فصار متعديا به واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا على حاله لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ

(قوله لانه لم يصر دينا بفعل الراهن) أى بل بفعل الاجنبى اه (قوله حتى لو أن امرأة الخ) لفظة لو ثابتة فى خط الشارح (قوله لكونه متعديا بها) فصار غاصبا اه (قوله كالمغصوب) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى اه هداية (قوله فى كتاب الوديعة) يعنى أن فى تضمين المودع الثانى خلافا فعند أبى حنيفة لا ضمان عليه وعندهما عليه الضمان كالاول اه غاية

لا من باب الاستعمال بغير اذن المالك الا اذا كان المرتهن امرأة فيضمن لان النساء يلبسن كذلك فيكون من باب الاستعمال بغير اذن المالك وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن ولو رهنه سيفين فتقلدهما ضمن وفى الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ قال رحمه الله (وأجرة بيت حفظه وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج على الراهن) والاصل فيه أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلا ومؤنته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعى مثله لانه علف البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكرى النهر وسقى البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وعن أبى يوسف رحمه الله ان أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج الى اعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد فتكون عليه وان كان بعضه أمانة فبقدر المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان الرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن فان كلها تجب على المرتهن كيفما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له فى الكل وأما الجعل فلاجل الضمان فيتقدر بقدره والمداواة والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لان مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه ألا ترى انه لو باع الخارج كله فى غير الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر واذا كان ملكه ثابتا فيه بقى رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن فى الباقى لانه يتبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا ينافى ملك الراهن لا فيه ولا فى غيره ثم اذا خرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه فى ذلك الوقت فلم يوجب شيوعا فى الباقى لا طارئا ولا مقارنا وما أداه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضى فهو متطوع كما اذا قضى دين غيره بغير أمره وان كان بأمر القاضى وجعله دينا على الآخر رجع عليه وبمجرد أمر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه كما فى اللقطة وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضى لانه يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه لانه لو نفذ أمره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره عليه عنده وعند أبى يوسف رحمه الله يملك فينفذ أمره عليه والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال رحمه الله (لا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعى رحمه الله يجوز لان موجبه عنده استحقاق بيعه وتعينه

(قوله وان وضعه على عاتقه لا يضمن) ثم ينبغى لك ان تعرف أن المراد بعدم الضمان فيما بعد حفظا واستعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب لأنه لا يضمن أصلا لانه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم اذا جعله فى اصبع لا يتختم به فى العرف والعادة وكالثوب اذا ألقاه على عاتقه وبه صرح فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله سواء كان فى الرهن فضل) أى على الدين اهـ غاية (قوله ومن هذا القسم) أى القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن اهـ (قوله اذا كان كله مضمونا) أى بأن كان قيمة الرهن والدين سواء اهـ

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر قبل هذا مقدمات الرهن شرع بفصل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز لان التفصيل بعد الاجمال اهـ اتقانى (قوله فى المتن لا يجوز رهن المشاع) قال الاتقانى وعبارات أصحابنا فيه مختلفة قال بعضهم باطل وهو اختيار الكرخى وقال بعضهم فاسد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اهـ وقال الكاكى رحمه الله ثم ذكر عدم جواز رهن المشاع ولم يذكر أنه باطل أو فاسد وفى المغنى والذخيرة اشارة الى أنه فاسد لا باطل حيث قال والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون فى الصحيح وفى الرهن الباطل لا لان الباطل لا ينعقد أصلا فكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد فكان كالبيع الفاسد وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالا والمقابل به مالا مضمونا له فاذا وجدت شرائط الجواز ينعقد صحيحا واذا فقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسدا وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل

لمو المشاع يقبل ذلك ولئن كان استيفاء فالاستيفاء الحقيقي لايمتنع بالشيوع فكذا الحكمي ولنا ان موجبه
ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وذلك
لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا اشترط في النص أن يكون مقبوضا بخلاف حقيقة الاستيفاء لان
موجبها ملك العين المستوفاة فقط لان الحبس والملك يتصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدائم فيه لانه
يبطل بالمهايأة فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا ولهذا يستوي فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة
حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم غرامة القسمة
وذلك فيما يقسم لا غير ولا يجوز من شريكه أيضا لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما
بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع من شريكه
لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك
والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء
أسهل من الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء
كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي
الغرامة على ما عرف ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح
الفسخ في بعض المرهون قال رحمه الله (ولا ثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا نخل في
الارض دونها) لان القبض شرط في الرهن على ما بيناه ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى
المشاع وعن أبي حنيفة رحمه الله أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء
للاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فتكون الارض جميعها رهنا
وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لانه رهن الارض بما فيها من النخيل وذلك جائز
ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل في رهن الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة

مضمونا لا يكون الرهن منعقدا اه سيأتي في كلام الشارح في الصحيفة الآتية ما يفيد ان رهن المشاع باطل في مسئلة لو استحق بعض
الرهن فانه قال في آخرها لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا اه وذكر أن رهن المشغول باطل اه (قوله ولنا) أي فيه وجهان
أحدهما اه (قوله أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى أن يقضي الراهن دينه وهذا المعنى
لا يتصور في المشاع لان اليد لا تثبت حقيقة الا على جزء معين اه اتقاني (قوله فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا) قال الاتقاني وكانه قال
رهنتك يوما ويوما لا ولو صرح بذلك لا يصح الرهن فكذا هذا اه (قوله لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور) هذا على الوجه الاول اه
(قوله ولانه الخ) هذا على الوجه الثاني اه (قوله والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن) وصورته أن يوكل الراهن العدل ببيع الرهن
كيف رأى مجتمعا ومتفرقا فيبيع بعض العين أو يرهن قلبا فيه عشرون درهما فضة بعشرة دراهم فينكسر فيضمن المرتهن نصف
القلب وهي حصة المضمون وتبقى حصة الامانة رهنا فيقطع حتى لا يكون مشاعا اه اتقاني وكتب ما نصه في الذخيرة صورته أن
يرهن جميع الرهن ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن اه (قوله فأشبه الهبة) فان الشيوع الطارئ لا يمنع
بقاءها اه (قوله وفي مثله يستوي الابتداء الخ) فان قيل لو زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل النكاح بموت الاب ولو تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا ان المكاتب لا يملك بسبب من اسباب الملك فكذا بالوراثة واذا تزوجت مكاتبها ابتداء انما لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه لا يجوز اه معراج (قوله فصار في معنى المشاع) قال في الهداية وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار
الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده ثم قال وعن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره
الشارح اه (قوله فتكون الارض جميعها رهنا الخ) قال الكرخي في مختصره ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يجوزه
ويسلمه الى المرتهن ولا رهن ذلك دون ثمرته ولا رهنها دون الارض ولا رهن نخل ولا كرم ولا شجر في أرض دون الارض وكذلك ان رهن زرعا
في أرض دون الارض أو رهن الارض دون الزرع ولا يجوز رهن الارض دون ما فيها من نخل أو شجر أو كرم الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله وذلك لان المرهون متصل بغيره لا يمكن حبسه دونه فكان في معنى رهن المشاع وذلك باطل لانه لا يتأتى القبض فيه وحده فكذا هذا
لهذا المعنى اه قال الاتقاني وأما اذا رهن الارض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم جميعا لانه رهن ما سواه وذلك بقعة محوزة مجاورة
لمكان النخل فيصح فيها الرهن كذا ذكر القدوري في شرحه اه (قوله وهي مشغولة بملك الراهن) أي وهو البناء اه (قوله ومجاورة ما ليس
برهن لا تمنع الصحة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وان قال رهنتك هذه الدار أو هذه الارض أو هذه القرية وأطلق القول
اطلاقا ولم يخص شيئا دون شيء دخل البناء والنخل والشجر والكرم الذي في الارض في الرهن وكذلك يدخل الزرع والرطبة في الرهن ولا
يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن وخرج من ملك البائع في البيع وهذا قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي

والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لاتدخل هذه الاشياء في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض والنخل بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لايدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما ولهذا لوباعها بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لايدخل المتاع وهذه الاشياء تدخل وكذا تدخل هذه الاشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان الباقي لايجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزأ شائعا أو ما هو في معنى الشائع كالثمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها اليك لايتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به فلابد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذى عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لايكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر قال رحمه الله (والحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر قال رحمه الله (ولا بالامانات وبالدرك والمبيع) أى لايجوز الرهن بهذه الاشياء أما بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان قبض الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء لابنفسه فلابد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا به ويستحق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولايمكن استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصارت كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة فان الرهن بها لايجوز لعدم الضمان فان العبد غير مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة على المشترى بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها متقرر اذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور أو للقيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فتكون رهنا بما تقرر وجوبه أو سببه وأما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لايجب على البائع رد الثمن وكذا بعد

في مختصره قال القدوري في شرحه وأما البناء والغرس فيدخل في البيع وان لم تفتقر صحة البيع الى دخوله فلأن تدخل في الرهن وصحته تقف على دخوله أولى فأما الزرع والرطبة فلا تدخل في البيع وتدخل في الرهن لما بينا في الثمرة أن الرهن لايصح دون ذلك ودخوله فيه لايخرجه من ملك الراهن فلذلك دخل تصحيحا للعقد اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله سوى النخل) يعني وما هو في معناها مما هو متصل بالمبيع اتصال قرار كالبناء وقد تقدم في المتن أن البناء والشجر يدخلان في البيع بلا ذكر ولما كان حكم النخل وسائر الاشجار والبناء في البيع سواء للمعنى الجامع فيها وهو الاتصال قرارا اقتصر الشارح على استثناء النخل وهذا مما لايخفى على آحاد الطلبة فضلا عن الشارح رحمه الله فلا تطرق في كلامه والله (٧٠) تعالى أعلم اه كاتبه (قوله ولو استحق بعضه الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي فان رهن الارض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت الى ما بقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته من الدين وان كان ابتداء الرهن لايجوز عليه بطل الرهن كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله يعني ان كان الباقي مفرزا بقي الرهن فيه وان كان شائعا بطل وذلك لان بالاستحقاق تبين ان المستحق لم يكن داخلا في العقد فصار رهنا لما بقي فان كان مفرزا جاز والا فلا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان استحق بعض الرهن بعد صحته فانه ينظر ان كان الباقي بعد ورود الاستحقاق يجعل أن يجوز الرهن عليه ابتداء فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي محبوسا بجميع الدين ولكنه يكون محبوسا بحصته من الدين ان قسم الدين على قيمته وقيمة ما استحق منه من حيث انه لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بالدين لايذهب جميع الدين بخلاف ما اذا رهن الباقي بالدين ابتداء وفيه وفاء بالدين ولو كان الباقي بعد ورود الاستحقاق مما لايجوز رهنه ابتداء فانه يبطل الرهن الاستحقاق اه اتقاني (قوله ويمنع التسليم كون الراهن الخ) وكذا متاعه في الوعاء المرهون اه (قوله وقال سلمتها اليك) فقال المرتهن قد قبلت اه غاية (قوله فلا يتم حتى يلقى الحمل) أى عنها ويدفعها اه (قوله اذا دفعها اليه) لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابعا له فصار كرهن متاع في دار اذا خلى بينه وبينه اه غاية (قوله حتى قالوا) أى قالوا لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن لانه من توابعه فلا يصح افراده بالرهن دونها اه اتقاني (قوله والاستيفاء من هؤلاء متعذر) أما الحر لعدم المالية وأما الباقون اه (قوله أو سببه) أى سبب وجوبه اه وكتب ما نصه فيه لف ونشر مرتب اه

الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لان الكفالة تجوز تعليقها بشرط ملائم على ما عرف فى موضعه وهذا لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا أو مضافا الى المال جائز كما فى الصوم والصلاة وليس فيها شئ من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشترى يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا بألف لتقرضنيه وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنيا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة الرهن اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيأ فهلك الرهن فى يده يعطى المرتهن للراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه كما لو أقر بدين بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يجب قيمة الرهن فى الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وأما بالمبيع فلانه مضمون بغيره فانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شئ والرهن لا يجوز الا بالأعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شئ لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشترى شئ قال رحمه الله (وانما يصح بدين ولو موعودا) أى الرهن يصح بدين وان كان الدين موعودا ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو أن الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق فى الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهرا يكفى لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادعى على رجل دينا ألف درهم مثلا فأنكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار فأعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا أن لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد رحمه الله فى الجامع وكذا لو اشترى عبدا ورهن بالثمن فهلك ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق يجب على البائع أن يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه أحكامه لان الاحكام الشرعية تبنى على الظاهر والله تعالى هو الذى يتولى السرائر وكذا لو اشترى عبدا أو شاة ذكية أو خلا فرهنه بثمنه ثوبا ثم ظهر

(قوله كما فى الصوم والصلاة) أى لو نذر بالصوم والصلاة والصدقة يصح لانه التزام المطالبة بالقول فكذا الكفالة التزام المطالبة لا التزام الدين اه (قوله حيث وقع باطلا) وكذا بعد حلول الدرك لانه لا عقد لوقوعه باطلا ولهذا لا يملك حبسه قاله الكاكى اه (قوله فيعطى المرتهن للراهن ما شاء) فان قال أنا أعطيك فلسا قال محمد لا يصدق فى أقل من درهم اه خلاصة (قوله الا بالاعيان المضمونة بنفسها) وهى التى يجب مثلها عند هلاكها ان كان لها مثل أو القيمة ان لم يكن مثل كالمغصوب فى يد الغاصب والمهر فى يد الزوج وبدل الخلع فى يد المرأة اه بدائع (قوله ولا يجوز بالاعيان المضمونة الخ) كالمبيع فى يد البائع اه (قوله وان هلك الرهن الخ) قال الاتقانى فان هلك الرهن فى يد المشترى فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير شئ لانه غير مضمون ولو أعطاه المؤجر رهنا بعبد الاجارة فالرهن باطل لانه ليس بمضمون عليه ألا ترى أنه اذا هلك انفسخت الاجارة كذا ذكر القدورى فى شرحه اه (قوله لانه لا اعتبار بالباطل) قال فى الخلاصة والثانى الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع وذلك لا يجوز أيضا حتى لو هلك الرهن يهلك بغير شئ هذا قول أبى الحسن الكرخى وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا خلاف رواية الاصل فانه قال فى كتاب الصرف رجل اشترى سيفا فأخذ به رهنا فهلك الرهن يضمن الاقل من قيمته ومن قيمة السيف اه وقال فى الينابيع أما المضمون بغيره كالمبيع فى يد البائع فلا يصح أخذ الرهن به فان أخذ به رهنا وهلك فى يد[ه] فان هلك فى يده قبل حبسه ضمنه ضمان الغصب وذكر محمد فى كتاب الصرف أنه يجوز أخذ الرهن بالمبيع وان هلك فى يده قبل قبض المبيع هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع بهلاكه اه وقال العينى فى شرح الهداية بعد تقرير عبارة الهداية ان الرهن بالمبيع باطل فلا يكون مضمونا ما نصه وقال تاج الشريعة وفى مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده المشترى اذا أخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل فلو هلك الرهن فى يد المرتهن من غير فعله يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن المبيع اذ المرهون مال اه ما قاله العينى قلت فقد صرح فى هذا بكون الرهن بالمبيع باطلا وجعل حكمه حكم الرهن الصحيح فى كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن المبيع وهذا بخلاف ما مشى عليه القدورى وسائر المتون أن الرهن بالمبيع باطل وأنه غير مضمون والمعول على ما فى المتون والله الموفق اه

أن العبد حر والشاة ميتة والخل خمر كان الرهن مضمونا لما ذكرنا قال رحمه الله (وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) أى يجوز الرهن بهذه الاشياء وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام فى بدل الصرف والسلم ولنا أنه استيثاق من الوجه الذى بينا وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة فى يده حتى تجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة قال رحمه الله (فان هلك صار مستوفيا) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل الصرف أو برأس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب فى المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا للمسلم فيه فتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال أو ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فيتم الصرف والسلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس أن لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن فقضاه الذى به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لان رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه كان للمشترى أن يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفى الثمن ثم اذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه فى مسئلتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان الرهن مضمون به وقد بقى حكم الرهن الى أن يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا أو استوفاه بعد الاقالة لزمه ردّ المستوفى واسترداد رأس المال فكذا هذه وهذا لان الاقالة فى باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل قال رحمه الله (وللاب أن يرهن بدين عليه عبد الطفله) أى لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا أنظر منه فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة أمانة والوصى فى هذا كالاب لما بينا وعن أبى يوسف وزفر رحمهما الله أنهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان وهو الظاهر أن فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الرهن نصب حافظ لمال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصى موفيا له به ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى وهو الى اللآلئ أن قيمة الرهن اذا كانت أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة لان للاب أن ينتفع بمال الصبى ولا كذلك الوصى ثم قال وذكر فى الذخيرة والمغنى التسوية بينهما فى الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بماله وأصل هذه المسئلة البيع فان الاب والوصى اذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبى عندهما وعند أبى يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشترى للصغير ويأخذ المشترى دينه من البائع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه تقع

المقاصة

(قوله كان الرهن مضمونا لما ذكرنا) وقال القدورى فى شرحه يهلك الرهن فى هذه المسائل بغير شئ لان المبيع غير مضمون بنفسه والقبض لم يتم فى المشاع والمشغول ولم يصح فى الخمر والحر كما لو رهنه ابتداء والمختار قول محمد اه اختيار (قوله يهلك الرهن فى هذه المسائل) أعنى ما ذكره الشارح وفى رهن المشاع ورهن المشغول بحق الغير اه (قوله فى المتن وبرأس مال السلم الخ) قال فى اشارات الاسرار اذا أخذ ببدل الصرف ورأس المال فى باب السلم رهنا فهلك قبل الافتراق تم القبض استحسانا اه غاية (قوله وان افترقا قبل الهلاك) أى هلاك الرهن اه (قوله صار مستوفيا للمسلم فيه) وهذا ليس على اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا للمسلم فيه اذا كان فى الرهن وفاء به أما اذا كان الرهن أقل منه فلا ألا ترى الى ما قال فى باب السلم من شرح الطحاوى فان هلك الرهن فى يده صار مستوفيا للمسلم فيه وفى الزيادة يكون أمينا وان كانت قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ويرجع عليه بالباقى اه اتقانى (قوله فيأخذ البائع) وهو الاب أو الوصى اه

(قوله ولو رهن الاب متاع الصغير الخ) يعنى ارتهن الاب متاع الصغير بدين للاب على الصغير بأن باع الاب ماله من الصغير أو رهن الاب متاع أحد ابنيه الصغيرين من الآخر بأن يكون لاحدهما دين على الآخر بأن باع الاب مال أحد الابنين من الآخر بأن يقول مثلا بعت عبد ابنى فلان من ابنى فلان أو رهن الاب متاع الصغير من عبد تاجر للاب ولا دين على العبد بأن اشترى الاب متاع عبده التاجر الذى لا دين عليه لاجل ابنه الصغير فصار للعبد دين على الصغير فرهن الاب متاع الصغير بدينه عند الاب اهـ (قوله ولو فعل الوصى ذلك الخ) أى لو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين للوصى على الصغير أو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين ابنه الصغير (٧٣) على الصغير اليتيم أو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين عبد الوصى التاجر الذى لا دين عليه على اليتيم أو رهن الوصى عينا للوصى بدين لليتيم على الوصى فذلك كله لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفى العقد قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى ولا يجوز للوصى أن يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لان الرهن منهما كالرهن من نفسه ولو رهن من نفسه لا يجوز لما عرف أن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون عاقدا من جانبين فى عقود تتضمن عقودا متباينة وهذا هكذا ولو رهن من ابن له كبير أو رهن من أبيه أو مكاتبه أو من عبد تاجر عليه دين جاز لان العقد من هؤلاء ليس كالعقد من نفسه ألا ترى أنه ليس له ولاية عليهم بخلاف البيع من هؤلاء عند أبى حنيفة حيث لا يصح لانه انما لا يصح لمكان التهمة حتى لو انتفت التهمة بأن يبيع بمثل القيمة أو بأكثر من القيمة من هؤلاء يصح ولا تدخل التهمة فى الرهن لان حكمه على نمط واحد فى الاحوال كلها فكان العقد مع الاجنبى والقريب سواء فلا يدخل فيه تهمة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اهـ غاية مع تغيير فى بعض عبارته (قوله ولو رهن الاب متاع الصغير الخ) وانما أطلق رهن الاب ولم يذكر أنه رهنه بدين نفسه أو بدين الصغير لان الحكم واحد فى الوجهين وكذلك الوصى اذا رهن متاع الصغير ليس له أن يسترد الرهن حتى يقضى الدين بعد البلوغ اهـ اتقانى (قوله وكذلك اذا هلك) أى الرهن اهـ (قوله لاشتماله على أمرين جائزين) رهن الاب متاع الصغير بدين وبدين الصغير اهـ (قوله والجد أبو الاب) اذا لم يكن الاب أو وصى الاب اهـ هداية

المقاصة بنفس البيع عندهما ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا تقع واذا كان من أصله أنه لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبى بطريق البيع فكذلك لا يملك بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشترى واذا كان للاب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له فى التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما فى بيعه مال الصغير من نفسه ولو فعل الوصى ذلك والمسئلة بحالها لا يجوز لانه وكيل محض والاصل أن الواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما فى البيع لكنا تركناه فى الاب لما ذكرنا وليس الوصى كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذى عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه أجنبى عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا وهو أن يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبى والقريب ولو رهن الوصى مال اليتيم عند الاجنبى بتجارة باشرها أو رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفاء واستيفاء ولو رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن أن يسترده حتى يقضى الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به فى مال الاب لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فأشبه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين ثم حكمه فى حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب وكذلك الوصى والجد أب الاب ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى هلك من مال اليتيم لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن فى يد الوصى لا يسقط من الدين شئ لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصى هو الذى يطالب به على ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله فى حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى بالضمان الدين ان كان قد حل فان فضل شئ كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضى من مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصى بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل

كان على ماذ كرنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله فى حاجة الصغير ليس بتعد فى حقه وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا لو أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما أن له ولاية الاخذ فاذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن فيأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير لانه ليس بمتعد فى حقه بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصى على الصبى لما ذكرنا قال رحمه الله (وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون) والمراد بالحجرين الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن قال رحمه الله (فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس فى الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا وعندهما ان لم يكن فى اعتبار الوزن اضرار بأحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بان كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها أدى الى الربا فتعين ماذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس فى الاموال الربوية واستيفاء الجيد بالردىء أو بالعكس جائز عند التراضى به هنا ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم بالزيافة وهى معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع أبى حنيفة رحمهما الله فى المشهور عنه وفى هذه مع أبى يوسف وقال قاضيخان ان البناء صحيح لان عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبى حنيفة وآخرا كقول أبى يوسف رحمه الله ولئن كان مع أبى حنيفة رحمه الله فالفرق له أن الزيوف فى تلك المسئلة قبضه استيفاء لحقه وقدتم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفى من غيره فلا بد من نقض القبض وقد أمكن بالتضمين ثم الاصل فيه عند أبى حنيفة رحمه الله أن العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لان الوزن أصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما فى الوصايا والتصرف فى أموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان الرهن مصوغا يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة ان كان بعضه أمانة ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من أن يكون رهنا وجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء الراهن أن يفتك المنكسر بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين لانه حكم جاهلى والاصل عند أبى يوسف رحمه الله أن الجودة والصياغة معتبرة بنفسها اغير تابعة للوزن فى حق الضمان لانها منقومة حقا للعبد ولا تجعل تبعا اذا لم يؤد الى الربا كما يعتبر فى الوصايا وفى مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز لولى الصغير أن يبيعه بمثله من جنسه وقيمته أنقص منه فاذا اعتبرت الجودة صارت كأنها عين فتنضم الى الوزن فبقدر الدين من المجموع صار مضمونا والباقى أمانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا ما لم يؤد الى الاضرار بأحدهما أو الربا فان أدى اليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه وملك الرهن على ما بينا وعند الانكسار هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمة الرهن كلها ان كان كله مضمونا وان كان بعضه أمانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه وتكون الامانة رهنا على حاله مع الضمان وتفصل الامانة منه كيلا يلزم رهن المشاع وليس له أن يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا

قيمته أقل من وزنه اضرار بالمرتهن فى اعتبار وزنه اه (قوله وبالعكس جائز عند التراضى به) هذا وقد وقع الاستيفاء بالاجماع لانه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى نقضه اه كافى (قوله لعدم المطالب) ولا يمكن تحقيقه فى الشخص الواحد اه كافى (قوله فتعذر التضمين بتعذر النقض) ولانه انما ينقض استيفاؤه اذا لم يرض به وقد رضى به لانه متى قبض الرهن مع علمه بأنه يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضى بوقوعه استيفاء بدون صفة الجودة فصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد وهو عالم به اه كاكى (قوله وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد) أى وهو يعلم به وهلكت الزيوف عنده اه كافى (قوله وقيل لا يصح البناء لان محمدا الخ) قال فى الكافى والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة لان محمدا مع أبى حنيفة الخ اه (قوله قال قول محمد) أى فى مسئلة استيفاء الزيوف مكان الجياد اه (قوله قبضه استيفاء لحقه) أى من عينها والزيافة لا تمنع صحة الاستيفاء اه كافى (قوله وجعل الضمان رهنا مكانه) والباقى من المنكسر الذى لم يضمن يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع نبه على هذا الشارح فيما سيأتى فى القسم الثالث والله الموفق اه ك قوله كيلا يلزم رهن المشاع لان الشيوع الطارئ فى ظاهر الرواية كالشيوع المقارن وعن أبى

والاصل عند محمد رحمه الله أن الجودة والصياغة تابعة للاصل وهو الوزن ولا يعتبر في المعاملات اذا لاقت جنسها ويعتبر في المضمونات ثم ينظر ان كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الجودة والصياغة وان لم يكن في الوزن وفاء وفي قيمته وفاء به صرف من قيمته الى الوزن الى تمام الدين فيجعل مضمونا والزائد أمانة ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفيا دينه ما لم يؤد الى الاضرار بأحدهما ولا الى الربا فان أدى الى أحدهما ضمن المرتهن قدر المضمون منه من خلاف جنسه ويكون رهنا بالدين ويملك المضمون كقول أبي يوسف رحمه الله وعند الانكسار كان مخيرا ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ما لم يؤد الى الاضرار بأحدهما أو الى الربا فيعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أقسام قسم فيما اذا كان الرهن مثل وزن الدين وقسم فيما اذا كان وزنه أقل من الدين وقسم فيما اذا كان وزنه أكثر من الدين وكل قسم ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك الرهن والى حالة انكساره والقسم الاول ينقسم الى ثلاثة أقسام اما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر وينقسم كل قسم من الآخرين الى خمسة أقسام على ما نبين فصار الكل ستة وعشرين قسما القسم الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقا اعتبارا للوزن أو لعدم الضرر بأحد وان انكسر فعندهما ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو من خلاف جنسه وجعله رهنا مكانه وملك المرتهن المنكسر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه فهلك فعند أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا لدينه اعتبارا للوزن وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا لان في استيفائه ضررا بالمرتهن وان انكسر ضمنه قيمته من خلاف جنسه وملك المضمون وجعل الضمان رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رحمه الله لان المرتهن يتضرر به كما في حالة الهلاك وان كانت قيمته أكثر من وزنه فهلك صار مستوفيا دينه بالاجماع اعتبارا للوزن عنده وصرفا للامانة الى الجودة والمضمون الى الوزن عند محمد وعند أبي يوسف وان كان يصرف الضمان والامانة الى الوزن والجودة لكن صار مستوفيا بقدر المضمون منهما والباقي منهما أمانة وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبي حنيفة رحمه الله لان وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا وملك المرتهن المنكسر وان شاء افتكه بجميع الدين وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن المرتهن بقدر المضمون منه والباقي أمانة حتى اذا كان يساوي خمسة عشر والمسئلة بحالها ضمن ثلثيه عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين وثلث العين أمانة يكون رهنا مع

يوسف أن الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج الى التميز اه كافي (قوله وكل قسم الخ) فصارت الاقسام ستة اه (قوله والقسم الاول) أي بقسميه وهو ما اذا كان الرهن مثل وزن الدين حالة هلاك الرهن وحالة انكساره اه (قوله اما أن تكون القيمة الخ) فصارت أقسام القسم الاول ستة من ضرب ثلاثة في اثنين اه (قوله وينقسم كل قسم الخ) فصارت أقسام القسمين الاخيرين عشرين من ضرب أربعة هي ما اذا كان وزن الرهن أقل من الدين أو أكثر حالة هلاك الرهن أو انكساره في خمسة والله أعلم اه (قوله فعندهما) أبو حنيفة وأبو يوسف اه (قوله ان شاء افتكه) أي ناقصا اه (قوله أو من خلاف جنسه) لانه لا يتمكن فيه الربا اه كافي (قوله وملك المرتهن المنكسر) أي بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان ذهب شيء من الدين بذهاب الجودة يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد والجودة لا قيمة لها عند الانفراد ولو ألزمناه الفكاك بجميع دينه من غير أن

يذهب شيء من الدين مع النقصان حقيقة لتضرر الراهن لفوات حقه في الجودة فخيرنا على الوجه الذي بينا اه كافي (قوله وعند محمد ان شاء الراهن افتكه) أي ناقصا اه (قوله وان شاء جعله بالدين) فيصير ملكا للمرتهن بدينه وليس للراهن أن يضمنه قيمته لانه مضمون بالدين بالاجماع لو هلك فكذا اذا انكسر اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا لما بينا صار في معنى الهالك فيعتبر بالهالك الحقيقي ولانه بنفس القبض صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه يتقرر الضمان بالهلاك فلا يجوز أن يكون مضمونا بالقيمة لان العين الواحدة لا يجوز أن تكون مضمونة بضمانين مختلفين قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين أن يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم تقع المقاصة بين ماله وبين ما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حال قيامه يؤدي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي في الشرع نصرنا الى التضمين بالقيمة لانه لا يؤدي الى الاغلاق ولانتقال حكم الرهن الى مثله اه كافي (قوله لان المرتهن يتضرر به) لانه أدون من حقه اه (قوله وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبي حنيفة) لان الواجب عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة في هذا الباب فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا كان كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون فتتبعه الجودة لانها تابعة للذات ومتى صار الذات مضمونا استحال أن يكون الوصف أمانة لان التبع لا يخالف الاصل اه كافي (قوله والمسئلة بحالها) بأن كان الدين عشرة والوزن كذلك اه

(قوله وعند محمد ان شاء جعله بالدين الخ) قال في الكافي بعد أن صور رهنا فيما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر وانكسر عند محمد ان انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان انتقص أكثر من ذلك لا يجبر الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين لان من أصله أن الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة لان الجودة والصنعة تابعة للوزن والحكم في الرهن على الاصالة هو المضمونية لانه عقد ضمان واستيفاء وصفة الامانة في المرهون

الضمان و بفصل كيلا يكون الرهن مشاعا وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين وعند محمد رحمه الله ان شاء جعله بالدين كما في حالة الهلاك وان شاء افتكه بجميع الدين * والقسم الثاني وهو ما اذا كان وزنه أقل من الدين بان رهن بعشرة قلبا وزنه ثمانية مثلا فهو على خمسة أوجه اما أن تكون قيمته مثل وزنه ثمانية أو أقل أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين خمسة عشر فعند الهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر وزنه في الوجوه كلها عند أبي حنيفة رحمه الله فيذهب ثمانية من دينه و يرجع بدرهمين على الراهن لان العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه لا يكون ربا فيكون الضمان رهنا ويملك المرتهن المنكسر لان العبرة للوزن عنده على ما بينا و وزنه جميعه مضمون فيضمن قيمته بالغة ما بلغت ولو بلغت ألوفا وان شاء افتكه بالدين كله ولا شئ له عليه لانه لا اعتبار للجودة عنده وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب من الدين بقدر وزنه اذ لا ضرر عليهما فيه ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وان انكسر خير الراهن بين التضمين والافتكاك عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يخير بين تركه بالدين بقدره وبين الافتكاك وان كانت قيمته أقل من وزنه فعند الهلاك يضمن قيمته وتكون رهنا عنده ولا يجعل بالدين لان فيه ضررا على المرتهن ان ذهب من الدين قدر وزنه وان ذهب قدر قيمته يلزم الربا الا اذا رضي المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لان المنع لحقه وان انكسر خير الراهن بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه رديئا ويكون رهنا عنده وليس له أن يجعله بالدين عند محمد لما فيه من الاضرار بالمرتهن كما في حالة الهلاك الا برضا المرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة فعند الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا عنده لانه لو ذهب من الدين بقدر وزنه يتضرر الراهن وان ذهب بقدر قيمته لزم الربا فتعين ما ذكر وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك و بين تضمين المرتهن ثم يكون الضمان رهنا عنده وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة لما بينا من مذهبهما وان كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر فان هلك غرم المرتهن ثلثيه عند أبي يوسف رحمه الله ورجع بدينه ويملكه المرتهن وثلثه على ملك الراهن يفصل و يكون رهنا مع الضمان لان الجودة والصياغة معتبرة عنده كالعين وكذا ان انكسر عنده لما بينا وعند محمد رحمه الله ان هلك ضمن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه و يكون رهنا عنده وان انكسر ينظر ان نقص بالانكسار قدر الزيادة على الدين فلا ضمان على المرتهن لان الزائد عنده أمانة على ما بينا من أصله وان كان النقصان أكثر من الزائد على الدين خير الراهن بين افتكاكه بجميع الدين و بين تضمين المرتهن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده والقسم الثالث وهو ما اذا كان وزنه أكثر من الدين بان رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة دراهم فهو على خمسة أوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه وأكثر من الدين أو مثل الدين أو أقل من الدين فان هلك ذهب بالدين ثلثاه مضمونا وثلثه أمانة عند أبي حنيفة رحمه الله كيفما كانت قيمته لانه لا يعتبر عند الهلاك الا الوزن وان انكسر فهو بالخيار

تابعة فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع الا أن يفضل شئ من الضمان فحينئذ يصرف الى الجودة ضرورة اه وكتب ما نصه محل هذا التخيير ما اذا كان النقصان بالانكسار أكثر من الزائد على الدين أما اذا كان النقصان بقدر الزيادة على الدين أو أقل فلا كما علم من الحاشية التي هي أعلاها نقلا عن الكافي وسيأتي في كلام الشارح في القسم الثاني فيما اذا كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر وفي القسم الثالث أيضا اه لـ (قوله وان انكسر خير الراهن الخ) وهذا التخيير بالاتفاق من الثلاثة اه (قوله فعند الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه) لا يخفى أن الافتكاك لا يتصور عند الهلاك فالصواب الاقتصار على التضمين كما في الكافي وغاية البيان وغيرهما (قوله وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك الخ) وهذا التخيير أيضا لا خلاف فيه بين الثلاثة والله أعلم (قوله وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة) يعني حكم هذا القسم في حالتي الانكسار والهلاك حكم القسم الذي قبله اه لـ ان (قوله ويملكه المرتهن) انما يتأتى على تقدير الانكسار لا غير اه (قوله يفصل و يكون رهنا مع الضمان) الظاهر أن قوله يفصل ويكون رهنا مع الضمان زائد لا معنى له والله أعلم اه (قوله و يكون رهنا عنده) ولا يجبر الراهن على الفكاك بكل الدين اه كافي (قوله فان هلك ذهب) أي الرهن كله اه

ان شاء افتكه بجميع الدين فى الصور كلها وان شاء ضمنه ثلثى قيمته بالغا مابلغ لانه لا يعتبر الا الوزن فان كان وزنه كله مضمونا ضمن جميع قيمته وان كان بعضه فبعضه ويكون الضمان رهنا ويملك المرتهن قدر ماضمن من الرهن وهو الثلثان والثلث أمانة يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه أمانة وثلثاه مضمونا وان انكسر فعند أبى يوسف خير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه ثلثى قيمته ويكون رهنا مع الباقى على الوجه الذى ذكرنا لابى حنيفة وعند محمد ان شاء جعل ثلثيه بالدين وأخذ ثلثه وان شاء افتكه بجميع الدين لما عرف من أصله وان كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين فان هلك ذهب بالدين مضمونا وأمانة وان انكسر فعند أبى يوسف رحمه الله ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه قدر الدين والباقى أمانة يكون رهنا مع الضمان ويفصل لما بينا ويملك المرتهن المضمون وعند محمد رحمه الله ان نقص بالانكسار قدر الزائد على الوزن أو أقل لا يعتبر النقصان لان الامانة تصرف اليه عنده فيجبر على الفكاك وان زاد النقصان على ذلك حتى صارت قيمته أقل من وزنه خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه بالدين وأخذ الثلث وان شاء افتكه بالدين وليس له أن يضمنه لما عرف من مذهبه وان كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين اثنى عشر فان هلك ضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة أسداس قيمة القلب لان العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الرهن عشرة والباقى أمانة وان انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة أجزاء من اثنى عشر جزأ منه لان المضمون منه خمسة أسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لانها معتبرة عندهما وان كانت قيمته مثل الدين ان هلك ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله مستوفيا باعتبار الوزن أو القيمة وقال فى المحيط ضمن المرتهن بتحير لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهى عشرة لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير ان شاء جعله هالكا بما فيه وان شاء ضمنه عشرة من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده ودينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه وان انكسر ضمن قيمته لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة وان كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية ان هلك ضمن قيمته ورجع بدينه لان لقيمة لها عبرة مع الوزن عندهما وان وجد الوفاء فى الوزن لم يوجد فى القيمة فيتخير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهنا عنده وان انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف قال رحمه الله (ومن باع عبدا على أن يرهن المشترى بالثمن شيأ بعينه فامتنع لم يجبر والبائع فسخ البيع الا أن يدفع المشترى الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باعه شيأ على أن يعطيه كفيلا حاضرا فى المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس وقبل اعتبر المعنى وهو الملاءمة فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن فى المجلس أو نقد المشترى الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله فامتنع لم يجبر أى امتنع المشترى من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه وقال زفر يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن قلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب فى البيع الا أن يدفع المشترى الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله (وان قال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال

(قوله خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه) أى لالتحاق الانكسار بالهلاك عنده وصيرورته مستوفيا به اهـ (قوله وان شاء افتكه بالدين) أى وأسقط حقه من النقصان لان وزن العشرة المضمونة نقصت قيمته بالانكسار اهـ (قوله ضمن المرتهن جميع قيمته) لان القيمة معتبرة وبها وفاء بالدين اهـ (قوله لتعذر جعله مستوفيا الخ) لئلا يلزم الضرر بالراهن بفوت بقية وزن الرهن اهـ (قوله وقال فى المحيط) تنظر عبارة المحيط (قوله لان القيمة معتبرة عندهما) لئلا يلزم الربا فى حق المرتهن اهـ (قوله لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين) أى بثلاثة وثلث اهـ (قوله وان كانت قيمته أقل من وزنه) لعله وان كانت قيمته أقل من الدين اهـ (قوله وان وجد الوفاء فى الوزن الخ) هذا المحل يحتاج الى تأمل وتحرير اهـ (قوله قلنا عقد الرهن تبرع) أى من جانب الراهن اهـ (قوله فى المتن وان قال) أى المشترى اهـ

(قوله ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث الخ) قال الولوالجي اول الفصل الثالث من البيوع رجل اشترى لحما وسمكا فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع للبائع أن يبيعه من غيره ويسع للمشتري أن يشتريه وان علم بالقضية أما البائع فلأنه يكون راضيا بالانفساخ وأما المشتري فلأنه لما جاز للبائع البيع حل للمشتري الشراء فان باع بزيادة يتصدق بها وان باع بنقصان فالنقصان موضوع عن المشتري وهذا نوع استحسان رواه الحسن بن زياد دفعا للضرر عن البائع اهـ قوله فالنقصان موضوع عن المشتري كذا ذكر في القنية في باب ما يتعلق بقبض المبيع (قوله حتى اذا قبل في أحدهما صح) يعني اذا قال رهنتك هذين العبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن أحدهما دون الآخر صح بما سمي له من الحصة فكذلك في الانتهاء يحتمل التفريق وفي البيع لو قبل أحدهما لم يصح التفريق فكذلك في الانتهاء اهـ اتقاني (قوله وهذه الرواية هي الاصح) أي رواية الزيادات قال الاتقاني رحمه الله وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله والصحيح ما ذكر في الاصل لان غرضه من هذا التفصيل المقابلة في حق الضمان ولكن على وجه تقع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه بسبيل من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة والضجر الحاصل بحبس الكل وقد مر تمام البيان مرة في أول كتاب الرهن عند قوله وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين وينظر ثمة قال الكرخي في مختصره واذا رهنه عبدين أو ثوبين أو كر طعام أو كر شعير بألف درهم ولم يسم لكل واحد من ذلك شيأ من الدين جعله رهنا به فسبيل ذلك أن يقسم الدين على قيمة تلك الاشياء فما صاب كل عبد أو كل ثوب أو كل كر فهو مضمون بالاقل من تلك الحصة التي حصته بالقسمة ومن قيمة نفسه الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب أن ينقسم على المتفقين بالاجزاء وعلى المختلفين بالقيمة كما ينقسم الثمن على المبيع بالقيمة وأما ان سمى لكل واحد منهما حصة من الدين لم تعتبر القيمة فكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه جعل في مقابلته مقدار التسمية فلا يعتبر بالقيمة كالمبيعين اذا سمي لكل واحد منهما ثمنا كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهنه شاتين بثلاثين درهما احداهما بعشرين والأخرى بعشرة ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن وذلك لانه لم يبين المقابل بالعشرة من الأخرى فصار المرهون في حق الضمان مجهولا وهي جهالة تفضي الى المنازعة عند هلاك احداهما فأوجب فساد العقد وكذلك في حق الاسترداد ولو سمى كان جائزا وأيهما هلكت هلكت بما فيها والاخرى رهن بما سمي لها اهـ اتقاني (قوله في المتن ولو رهن عينا عند رجلين صح) هذا اذا لم ينص على الابعاض فان نص الراهن على الابعاض وقال رهنت منكما من كل واحد نصفها لا يجوز ذكره صاحب السراج الوهاج في كتاب الهبة وذكر هناك أيضا أنه لو رهن عينا واحدة عند اثنين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث لم يجز وكذا في الخلاصة اهـ

زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف رحمه الله لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط براءة المحيل كفالة ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال بعتك بكذا ولا فرق بين أن يكون ذلك الثوب هو المشتري أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث كاللحم والجمد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشتري أن يشتريه ويتصدق البائع بالزائد ان باعه بأزيد من الثمن الاول لان فيه شبهة قال رحمه الله (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من أجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفاء فصار كالمبيع في يد البائع وهو المراد بقوله كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد منهما شيأ من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالمبيع وفي الزيادات له أن يقبض أحدهما اذا أدى ما سمي له لان التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما الا ان قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطا لصحة العقد في الآخر حتى اذا قبل في أحدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما أن العادة قد جرت بضم الردئ الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح قال رحمه الله (ولو رهن عينا عند رجلين صح) سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين

يكن فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى كل العين فى صفقة واحدة
لا يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزى فصار
كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق فى استحقاق الحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل
يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من أجزائه فكذا هنا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما
على الانفراد وبكل جزء من أجزاء دينهما فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة
رحمه الله لان العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما فى الكل فيثبت الشيوع ضرورة
فان تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر وهذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما
يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند
أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع
أحدهما كله الى الآخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما قال رحمه الله (والمضمون على كل حصة دينه)
لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما لان الاستيفاء
مما يقبل التجزئ قال رحمه الله (فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) لان كله محبوس بكل جزء
من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شئ منه مادام شئ من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع
اذا أدى أحد المشتريين حصته أو مشتر واحد أدى حصة بعض المبيع واذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا
رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين لان قبض الرهن
يحصل فى الكل من غير شيوع فصار هو نظير البائع وهما نظير المشتريين قال رحمه الله (وبطل بينة كل
واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه) معناه أن رجلا فى يده عبد فقام رجلان بينة أنه رهنه العبد
الذى فى يده فهو باطل لان كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد
يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لهذا فى حالة واحدة فيمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية
ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن أن يقدر
كأنهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما اذا اقتضته الحجة لان كلا
منهما أثبت بينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى
تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر وهو أن
كل واحد منهما يثبت الحق ببينة على حدة ولم يرض بمزاحمة الآخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد
فيه من جانب الراهن واحد وههنا يثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز
وبخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما نبين من الفرق فاذا وقع باطلا فاذا هلك يهلك أمانة لان
الباطل لا حكم له هذا اذا لم يؤرخا فاذا أرخا كان صاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبته فى وقت لا ينازعه
فيه أحد وكذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه من القبض دليل على
سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عبد من واحد قال رحمه الله (ولو مات راهنه والعبد فى أيديهما
فبرهن كل على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه) وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة
ومحمد وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو
الحكم الاصلى لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وأنه باطل
للشيوع كما فى حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة
الحبس والشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان
نكاح امرأة أو ادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تهاترتا فى حالة الحياة وقبلناها
بعد الممات لان حكمها فى حالة الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات
ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام وقوله والعبد فى أيديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن

(قوله فان تهايآ الخ) قال فى الايضاح فاذا تهايآ فأمسك هذا يوما والآخر يوما فان كل واحد فى اليوم الذى يمسك كالعدل فى حق الآخر اذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حقه لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزى اهـ اتقانى (قوله فى المتن فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) قال فى الشامل ولو قضى دين أحدهما ليس له أخذ شئ منه لما عرف أنه رهن عند كل واحد بتمامه فان هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه كما لو كان واحدا اهـ اتقانى (قوله واذا رهن رجلان الخ) قال الاتقانى وهذه المسئلة ليست مذكورة فى الجامع (قوله فالبينتان) الذى بخط الشارح فان البينتان اهـ

العبد في أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم تذكر اليد في المسئلة الاولى

﴿ باب الرهن يوضع على يد عدل ﴾

قال رحمه الله (وضعا الرهن على يد عدل صح) وقال زفر وابن أبي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا أن يده يد المالك في الحفظ لكون العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه لان كلا منهما آمره فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما أن يأخذه منه على الخصوص ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه ويجوز أن يجعل اليد الواحدة في حكم يدين ألا ترى أن الساعي يده جعلت كيد الفقير ويد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة في يده أجزأته ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب بما في يد الساعي كانه في يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كانه في يد المالك لم يتم به النصاب ولو لم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وانما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما اذا اتفق البائع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث يكون يده يد البائع فحسب لان في جعله نائبا عن المشتري تغيير موجب العقد فان موجب عقد البيع أن تكون يد البائع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنائب عن المشتري بوجه ما ومتى قبض المشتري كانت يده يد نفسه ولا تكون يد البائع بوجه ما بل هي يد المشتري في حق العين والمالية فاذا كان في جعله نائبا عنهما تغيير حكم البيع اعتبرنا نائبا عن البائع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه أمانة في يده بل في يد المرتهن أيضا والمالية فيه هي المضمونة وهي حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغيير موجبه قال رحمه الله (ولا يأخذه أحدهما منه) أي من يد العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الآخر قال رحمه الله (ويهلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة ولو دفع العدل الرهن الى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه اما باتلافه أو بدفعه الى أحدهما وأتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة واجبة فلو جعلها رهنا في يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يأخذانها منه ويجعلانها عنده أو عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك فاذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند

لما ذكر حكم الرهن اذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان في يد العدل وهو الذي يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده لانه نائب عن المرتهن والنائب يقفو المنوب اه اتقاني (قوله لان يد العدل الخ) ما أحسن قوله في الكافي لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو لحقه ضمان بان هلك في يده (٨٠) ثم استحقه رجل يرجع به على الراهن دون المرتهن والرهن لا يتم بقبض الراهن وان اتفقا عليه فكذا بقبض العدل اه (قوله بما ضمن) متعلق بقوله قبل يرجع اه (قوله في المتن ويهلك في ضمان المرتهن) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم محنته وضمانه بالدين اذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبي وعطاء والحسن وقال ابن أبي ليلى ان هلك في يد العدل لم يبطل الدين وان مات الراهن والمرتهن أسوة الغرماء فيه وذلك لانه لم يكن في يده فقد بطل الرهن والحاصل أن الرهن هل ينعقد بوصف الصحة واللزوم بقبض العدل عندنا ينعقد وعنده لا ينعقد هو يقول وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن اه غاية (قوله وأتلفه المدفوع اليه) أو تلف في يده اه كافي (قوله يصير قاضيا) أي ما وجب عليه بالضمان اه غاية (قوله وبينهما تناف) قال الاتقاني للتنافي بين أن يكون الواحد مسلما ومتسلما اه (قوله ليفعل ذلك) أي يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ثم يضعه عند العدل رهنا اه * فرع قال الاتقاني رحمه الله وان كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزا ولا ضمان فيه لانهما أتيا بالحفظ المطلوب منهما لان حفظهما لا يأتي في مثل هذا الا بالتهايؤ زمانا لانه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه آناء الليل والنهار فكان الحفظ الممكن منهما عادة هذا وقد أتيا به وان كان مما يقسم فاقتسماه كان عند كل واحد منهما نصفه لانه لما أضاف الحفظ اليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما فكأنه قال احفظا كل واحد منكما طائفة من العين فان وضعا عند

أحدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه وقد مر في كتاب الوديعة أنهما هل يملكان التهايؤ في الحفظ فيما يحتمل القسمة فعند أبي حنيفة لا يملكان وعندهما يملكان والدلائل ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد منهما بما دفع لا بما أخذ لأن كل واحد منهما مودع المودع فيما أخذ ومودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة اهـ (قوله ولا يلزم منه) أي من سلامتها للعدل اهـ (قوله ولا جمع فيه بين البدل والمبدل الخ) لأن العين زالت عن ملك الراهن الى العدل وبهذا يحترز عن المسئلة الاولى فان هناك لما قضى الراهن دينه لو أخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لأنه وصل اليه عين حقه وهو الرهن وأما هنا فلا جمع بينهما اهـ (قوله وكذا) أي يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك

اهـ اتقاني (قوله في المتن لم ينعزل بعزله)

العدل الاول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل بأخذها ممن هي عنده ان كانت عند غيره أو عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولو أخذه الراهن لاجتمعا في ملك واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده أو من غيره ان كانت عند غيره لأن العين لو كانت قائمة أخذها ممن هي في يده اذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل في ملك واحد ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية أو على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدي وكذا اذا دفعه اليه بحقه بأن قال له خذه بحقك أو احبسه بدينك لأنه دفع اليه على وجه الضمان قال رحمه الله (فان وكل المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح) لأن الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله معلقا أو منجزا لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لأن المانع من التصرف حق المالك وبالتسليط على بيعه أسقط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو أمر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعدما بلغ لا يصح عند أبي حنيفة وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال وهو يقول ان أمره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا قال رحمه الله (فان شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن) لأن الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنها لزيادة الوثيقة فتلزم بلزوم أصله ولأنه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لأن الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه وهذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منها ما ذكرنا ومنها أن الوكيل هنا اذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها أن هذا يبيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها أنه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها أن الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة وانما لم ينعزل بعزل المرتهن لأنه لم يوكله فكان أجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهو

أي بدون رضا المرتهن لأنهما إذا اتفقا على ذلك جاز اهـ اتقاني (قوله لأن الوكالة لما شرطت الخ) سيأتي أن الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه اهـ (قوله صارت وصفا) والحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والاوصاف اللزوم وجبر الوكيل على البيع اذا أبى والبيع بالنسيئة وحق بيع الولد وحق صرف الدراهم بالدنانير اهـ اتقاني (قوله فتلزم بلزوم أصله) أي وهو الرهن اهـ وكتب ما نصه لأن حكم التبع لا يفارق حكم الاصل والرهن لازم فكذا ما هو تبع له اهـ كافي (قوله وصار كالوكالة بالخصومة) أي من المدعى عليه اهـ كافي (قوله بطلب المدعي) فانه اذا أراد الموكل عزله بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك دفعا للضرر عنه لأنه تعلق به حق المدعي اهـ كافي (قوله فكذا بوصفه) وهو الاطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة (قوله كموت الموكل) وهو الراهن اهـ وكتب ما نصه قال في الكافي وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما كما لا يبطل الرهن بموت أحدهما ولا بموتهما اهـ (قوله وهذه الوكالة تخالف المفردة) وهي التي لم تشرط في العقد اهـ (قوله كان له أن يصرفه الى جنس الدين) والوكيل المفرد اذا باع لا يصرفها الى شيء آخر وهذا لأنه مأمور بقضاء الدين فلا بد أن يملك ما هو من ضروراته يجعل الثمن من جنس الدين من ضرورات قضاء الدين بخلاف الوكيل المفرد فانه كما باع انتهت الوكالة اهـ غاية (قوله كان لهذا الوكيل أن يبيعه) وكذا اذا قتل الرهن فغرم القاتل قيمته وهذا لأنه صار الرهن ما دفع عن العبد لأنه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق به اهـ غاية

(قوله فى المتن والوكيل بيعه الخ) لانه لما ثبتت وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم اه كافى (قوله لا برأى غيره) ولكن الرهن على حاله لان التسليط على البيع أمر زائد فيه فلا يبطل ببطلانه الرهن اه اتقانى (قوله الا اذا كان مشروطا له فى

اذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل قال رحمه الله (وللوكيل بيعه بغيبة ورثة الراهن) كما كان له حال حياته أن يبيعه بغير حضوره قال رحمه الله (وتبطل بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف رحمه الله أن وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة هنا فيملك الوصى كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجرى فى حق له لا فى حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل فى حياته فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب فى مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل فى حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو أوصى الى رجل ببيعه لم يصح الا اذا كان مشروطا له فى الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه قال رحمه الله (ولا يبيعه المرتهن أو الراهن الا برضا الآخر) لان كل واحد منهما له حق فيه أما الراهن فلكه فلا يتمن رضاه وأما المرتهن فلانه أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال رحمه الله (فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله أجبر عليها) لان الوكالة بالشرط فى عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما فى الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان فى الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه أما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه وكيفية الاجبار أن يحبسه القاضى أياما ليبيع فان لج بعد الحبس أياما فالقاضى يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل لا يبيع القاضى عنده كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ثم اذا أجبره على البيع و باع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان هذا الاجبار وقع على قضاء الدين بأى طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق و بمثله لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرطاها بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا أصح حتى روى عن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد فى أنه يجبر على البيع نصا وذكر محمد رحمه الله فى الجامع الصغير والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين أن تكون الوكالة مشروطة فى عقد الرهن أو لم تكن مشروطة فيه يدل على ذلك ولو باع العدل خرج من أن يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما فيكون رهنا مكانه قال رحمه الله (وان باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب فى حقه بالاخذ والتسليم وان شاء ضمن العدل لانه

الوكالة) بان قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه من شئ فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصى به الى ثالث اه اتقانى بمعناه اه (قوله فيجبر عليه) وكذلك رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعى فغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على أن وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل أن يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعى لان فيه ابطال حقه اه كافى (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) أى لا يجبر لو امتنع عن البيع لان الوكيل بالبيع اذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل اه كافى وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد فى الكافى وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط على بيعه لانه مأمور بالحفظ فحسب وان كان رهن على أنه مسلط على بيعه فأبى أن يبيعه فرفعه المرتهن الى القاضى جبره القاضى على بيعه بعد أن تقوم البينة على خلافه

بخلاف سائر الوكلاء بالبيع فانه لا يجبر لو امتنع وذلك لانه معين ولم يتعلق بهذه الاعانة حق أما هذا فانه معين متعد
تعلق حق الغير به فجاز أن يجبر عليه ايفاء لحق الغير لانه قد التزم ذلك وصار نظير الكفالة اه اتقانى (قوله والمرتهن لا يملك البيع بنفسه) أى لو امتنع العدل عن بيعه اه

متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل وهو البائع نفذ البيع أيضا لان العدل يملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع لان الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملك باداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أن الثمن أخذه بغير حق لان العدل ملك العبد باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الراهن على تقدير أن لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لانه المباشر فصار الثمن له لانه بدل ملكه وانما أداه الى المرتهن على حسبان أن المبيع ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان قائما فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشترى اليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشترى كان بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن عن الدين وان شاء العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة فاذا دفعه الى العدل عاد حقه فى الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو أن المشترى سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيأ فبقى ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانها تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الائمة السرخسى هو ظاهر الرواية لان رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل مستأنفا الا فى ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة الا أن فخر الاسلام وشيخ الاسلام قالا قول من يرى جبر هذا الوكيل أصح لاطلاق محمد رحمه الله فى الجامع الصغير والاصل على ما بيناه فتكون الوكالة غير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه فى حق جميع ما ذكرنا من الاحكام هنالك قال رحمه الله (وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه) والاصل فيه أن العبد المرهون اذا هلك فى يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسلم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين أنه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وان ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما كان اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبى خازم القاضى

(قوله وصح الاقتضاء) أى اقتضاء المرتهن اه وكتب مانصه أى استيفاء المرتهن الثمن بدينه اه كافى (قوله فله أن يرجع عليه) واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه اه كافى (قوله ان شاء رجع على الراهن بالقيمة) تبع فيه صاحب الهداية وقد قال بعض شارحيها المراد بالقيمة الثمن اه وكتب على قوله بالقيمة مانصه بالثمن اه كافى (قوله فلانه مغرور من جهة الراهن) فانه رهنه على أنه ملكه وفى قبض المرتهن منفعة للراهن من وجه لانه يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار لما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المؤجر والمودع على المودع اه كافى (قوله قلنا هذا طعن أبى خازم القاضى) أى هذا السؤال طعن به أبو خازم على محمد فى المسئلة وأبو خازم بالخاء المعجمة كذا فى المغرب وهو أبو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى أصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة دينا ورعا عالما بمذهب أهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات قدوة فى العلم وكان أحذق الناس بعمل المحاضر والسجلات وكان أحد فقهاء الدنيا من أهل العراق وما كان يعلم أحد رآه أنه رأى أعقل منه وقد أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الرأى البصرى وهلال أخذ عن أبى يوسف وزفر ومحمد وكان أبو خازم أستاذ أبى طالب الدباس وأقرانه وكان أبو خازم ولى القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين وتوفى أبو خازم فى جمادى الاول سنة اثنتين وتسعين ومائتين اه غاية

والجواب عنه أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بملك الغير ولان الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن أولا يملكه بأداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما في الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن تملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته والمرتهن متعد بالقبض لانه به صار غاصبا فيستند ملكه اليه ثم الراهن يتلقاه منه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين أنه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال رحمه الله (و يوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ينفذ لانه تصرف في ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته لرضاه أو بقضاء الراهن دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من الثلث والقياس على الاعتاق غير جائز لانه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فاذا انفذ البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن أبي يوسف رحمه الله أن المرتهن ان شرط أن يكون الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا آجره الراهن وأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل حقه لان حقه متعلق بالمالية والبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المدين اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأسا فيبقى الحق على حاله بخلاف ما ذكر فان الاجرة ليست ببدل حقه لان حقه في العين وهي بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها وبخلاف ما اذا باع المالك العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه الى الثمن لانه بدل العين وحقه الى المنفعة فافترقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيزه وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفي المختصر ههنا اشارة اليه حيث قال يوقف على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين وهذا دليل على أن فسخه لا ينفذ ووجهه أن الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فيبقى متوقفا ثم المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشتري والبائع وهو الراهن فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الامر الى القاضي والاجارة مثل الرهن

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الرهن على غيره ذكره عقيب مسائل الرهن لان كل ترتيب يجب طبعا يجب وضعا للمناسبة اهـ غاية

(قوله وهو تعلق حق المرتهن به) والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من المحل اهـ هداية (قوله فيكون محبوسا بالدين) هو الصحيح واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف اهـ اتقاني قوله عن رواية القاضي الخ وهي المذكورة هنا اهـ

(قوله والبدل حكم المبدل) وحاصل الكلام هنا أن من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فأجاز صاحب الحق تصرفه فهل يتعلق حقه ببدله ينظر فان كان ما وجب من البدل بدلا عما تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل وان كان ما وجب من البدل بدلا عما لم يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وان شاء رفع الامر الى القاضي) أي فيفسخ البيع اهـ غاية

حتى لا ينفذ بيع المؤجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فاجاز المرتهن الاجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق أن المرتهن له منفعة فى البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بيناه وقد يكون أحد البيعين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الاجرة على التعاقب لما بينا ولا بدل له فى الرهن والهبة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين على التعاقب فاجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لا نفع له فى البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا فكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع قال رحمه الله (ونفذ عتقه) أى نفذ اعتاق الراهن وهو أحد أقوال الشافعى رحمه الله وفى قول له لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا وفى قول آخر له لا ينفذ اعتاقه سواء كان المعتق موسرا أو معسرا لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فكان مردودا كالبيع بل أولى لان البيع أسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان أولى بالامتناع بخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحرية تقبلها ولا يقبل الرهن وبخلاف ما اذا كان المعتق موسرا على تلك الرواية لانه لا يبطل حقه فى التضمين ولنا أن العتق صدر من أهله مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق المبيع قبل القبض أو الآبق أو المغصوب ثم اذا زال ملك الراهن فى الرقبة باعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فاذا لم يمتنع الاعلى فالادنى أولى أن لا يمتنع ولا يصح القياس على البيع لان امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط فى العتق ولان القياس لتعديه حكم الاصل الى الفرع دون تغيره وحكم الاصل هنا وقف ما يحتمل الرد قبل تمامه ويحتمل الفسخ بعد تمامه وهو فى الفرع يبطل أصلا ما لم يحتمل الفسخ والرد ففسد القياس ولا يلزمنا اعتاق الوارث العبد الموصى برقبته اذا لم يكن له مال آخر مع أنه أعتق ملكه لانا نقول يعتق عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى الحال وعند أبى حنيفة رحمه الله يؤخر الى أداء السعاية على ما عرف فى اعتاق العبد المشترك ولم يكن عتاقه لغوا وهنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أن المولى اذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه كانه خرج عن ملكه لانا نقول وجوب الضمان عليه لا باعتبار انه كالخارج عن ملكه بل باعتبار أنه أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له المدين فانه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه ولهذا تنفذ تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب باعتبار أنه مندوب الى التجارة كالعبد المأذون له لا لانه مالك وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك قال رحمه الله (وطولب بدينه لو حالا) أى اذا كان الدين حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه اذا كان موسرا لانه

(قوله حتى لا ينفذ بيع المؤجر) بل يتوقف على اجازة المستاجر وليس للمستأجر الفسخ رواية واحدة كذا ذكر قاضيخان فى آخر باب البيع الموقوف من فتاويه اه (قوله فأيهما أجاز الخ) قال الاتقانى فأيهما أجاز المرتهن وسلمه اليه نفذ ذلك ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده اه (قوله أما هذه العقود فلا منفعة له فيها) قال الشيخ أبو المعين شرط فى فصل الرهن والهبة تسليمه العين الى المرتهن الثانى والموهوب له مع الاجارة لان هذين العقدين لا عبرة بهما بدون القبض ولم يشترط ذلك مع الاجارة فى فصل الاجارة لان عقد الاجارة معتبر بدون القبض مفيد كالبيع سواء اه غاية (قوله لان الاجارة تبقى مدتها) بالنصب أى تبقى الاجارة فى مدة الاجارة اه غاية (قوله كما اذا أعتق) أى المشترى اه كافى (قوله أو الآبق أو المغصوب) وهذا لان موجب الرهن ثبوت الاستيفاء للمرتهن أو حق البيع على اختلاف الاصلين وشئ من ذلك لا ينافى ملك العين فتبقى العين على ملك الراهن والاعتاق يعتمد ملك العين دون اليد فان قيل فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة يستدعى النفاذ وقضية الحق يستدعى عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها أقوى اه كافى (قوله اذا لم يكن له مال آخر) أى فانه لا ينفذ لحق الموصى له اه كافى بمعناه (قوله فى المتن وطولب بدينه لو حالا) قال فى الكافى ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين ولا يضمنه قيمته لانه لا فائدة فى تضمين القيمة مع حلول الدين لانه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع فعله استيفاء فلم يكن فى التضمين وأنه يقع استيفاء لعين حقه فائدة الا اذا كان الدين من خلاف جنس القيمة اه وكتب ما نصه فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شئ على العبد وان أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدى المال فلا شئ على العبد من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم أعتق العبد معسرا كان للمرتهن أن يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه اه غاية ﴿فرع﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا رهن الرجل عبدا يساوى ألف درهم بألف هى عليه الى أجل أو يساوى خمسمائة ثم ان المولى أعتق العبد فالعبد حر وقد خرج من الرهن فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شئ على العبد وان أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدى المال فلا شئ عليه من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم

لو طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ايفاء واستيفاء فلا فائدة فيه قال رحمه الله (ولو مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه) أي لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهنا مكان العبد يعني اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق منه وفى التضمين فائدة وهي حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه فيحبسها الى حلول الاجل فاذا حل الاجل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له أن يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل ردّه لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان أقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه قال رحمه الله (ولو معسرا سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين) لان حق المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما فى عتق أحد الشريكين العبد المشترك اذ الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضى بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه فيقضى به الدين وان كان الدين مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا فى الحال وكيفية ذلك أن ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى فى الاقل منها قال رحمه الله (ويرجع به على سيده) أي يرجع العبد بالسعاية على مولاه اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه فصار كمعير الرهن بخلاف المستسعى فى الاعتاق لانه يؤدى ضمانا واجبا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عند أبي حنيفة رحمه الله ولتكميله عندهما وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا ولان حق المرتهن فى استيفاء الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا حصلت الرقبة للعبد ولم يقدر على أخذ بدلها من الراهن ضمنها العبد كالمريض اذا أعتق عبده فى مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد فى قيمته كذا هذا ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه فى حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفى الاعلى فى الحالتين اظهارا للتفاوت بينهما بخلاف المبيع اذا أعتقه المشترى قبل القبض حيث لا يسعى للبائع فى الرواية الظاهرة وفى المرهون يسعى لان حق البائع فى الحبس ضعيف لان البائع لا يملكه فى الآخر ولا يستوفى من عينه وكذا يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حيث تمكن من الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز ولو أقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حالة تملك التعليق باداء السعاية لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبر الراهن صح بالاتفاق أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده وهو البيع وكذا لو استولدها صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد يثبت بثبوت حق التملك كما فى جارية الابن وبحقيقة الملك أولى ثم اذا صحا خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما ثم ان كان

أعتق العبد معسرا كان للمرتهن أن يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه فى الأقل من قيمته ومن الدين فان كانت قيمته أقل من الدين سعى فى قيمته وان كان الدين أقل من قيمته سعى فى الدين وكل شئ سعى فيه العبد من ذلك كان له أن يرجع فيه على الراهن لانه انما أداه عنه الى هنا لفظ الكرخى اه اتقانى رحمه الله وانما ضمن الاقل لان الدين اذا كان أقل من قيمته فلا حق للمرتهن الا فيه واذا كانت القيمة الاقل لم يسلم (٨٦) للعبد أكثر من ذلك فلا يضمن مالم يسلم له اه اتقانى (قوله فصار كمعير الرهن) يعني أن الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا اه اتقانى (قوله بخلاف المستسعى) يعني العبد المشترك بين اثنين اذا أعتق أحدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق اه (قوله حيث لا يسعى للبائع) فى الرواية الظاهرة وعن أبي يوسف أنه يسعى فى قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشترى كالمرهون اذا أعتقه الراهن اه كافى (قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا) كما اذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن مالكا لذلك الاقل من مالية الرهن اه غاية (قوله أما عندنا فظاهر) وهو أن التدبير يوجب حق العتق له واذا كان لا يمتنع حقيقة العتق لحق المرتهن فحق العتق أولى اه غاية (قوله وكذا عنده) أي عند الشافعي اه (قوله ثم اذا صحا) أي التدبير والاستيلاد خرجا أي المدبر وأم الولد اه وكتب ما نصه وأما السعاية فى المدبر فهي مخالفة للسعاية فى المعتق من ثلاثة أوجه الراهن
أحدها أن المدبر يسعى مع يسار المولى لكون اكسابه على ملكه فجاز لصاحب الدين أن يستوفى منها كما جاز أن يستوفى من سائر أموال الراهن والثاني أن يسعى فى الدين بالغا ما بلغ لان أكسابه ملك لمولاه ودين الانسان اذا قضى من ماله لم يقض بعضه دون بعض وليس كذلك المعتق لان كسبه لنفسه وانما لزمه أن يسعى فى قدر ما سلم له والثالث أن المدبر لا يرجع على مولاه والمعتق يرجع اه غاية

راهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذى ذكرنا فى الاعتاق وان كان معسرا استسعاهما المرتهن بجميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حق نفسه ولم يحبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه ولا يرجعان على المولى بما أدياه بعد يساره لانهما أدياه من ملك المولى والمعتق يرجع لانه أدى من ـه وهو مضطر فيه على مامر وقيل اذا كان مؤجلا يسعيان فى قيمتهما فقط لانه عوض الرهن حتى مكانه فيتقدر بقدر المعوض ألا ترى أن الراهن بنفسه اذا كان موسرا لا يضمن فيما اذا كان ملا أكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين لان كسبهما ملك المولى وقد قدر على الدين بكسبهما ولو كان قادرا على أدائه بمال آخر أمر بقضائه كله منه فكذا اذا قدر بكسبهما ولو تقهما الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما أو قبله لان كسبهما بعد العتق لكهما وما أدياه قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى ولو أقر على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى فى قيمته منذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة بهم ودفع به ثم أعتقه سعى فى مائة لقيامه مقام الاول قال رحمه الله (واتلاف الراهن كاعتاقه) ى اذا أتلف الراهن الرهن فهو كما لو أعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا فى يد المرتهن لقيامه مقام العين قال رحمه الله (وان أتلفه أجنبى فالمرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده) أى المرتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته ثم تكون القيمة رهنا عنده لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان الرهن يوم قبضه لانه به دخل فى ضمانه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه أكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى سقط من الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين قال رحمه الله (وخرج من ضمانه باعارته من راهنه) أى باعارة المرتهن الرهن من راهنه

لانه يقضى به) أى بالسعاية اه (قوله سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما) أى بالسعاية اه (قوله وهو ينكره) أى ثم أعتقه وهو ـر اه (قوله لانه لا ولاية له الخ) ينبغى أن يقول لان له ولاية ماليته فيصح بقدر المالية اه قارئ الهداية (قوله فيصح) أى فيصح ـر السيد فيما الولاية للعبد فيه والولاية للسيد فى المالية اه (قوله ولو قتله) أى العبد المقر عليه بالدين اه (قوله المرتهن هو الخصم ـى تضمينه قيمته) قال الاتقانى عند قوله فى الهداية والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك أى الواجب من الضمان على المستهلك الاجنبى قيمة الرهن يوم الاستهلاك لا قيمته يوم قبض الرهن واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث يجب عليه قيمته يوم قبض وكذلك اذا هلك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك (قوله فانه يعتبر قيمته يوم القبض) وسواء فى ذلك الهلاك والاستهلاك اه (قوله يوم قبضه) بالرفع خبران اه (قوله وكانت رهنا فى يده حتى يحل) بضم الحاء وكسرها جميعا اه غاية (قوله فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أى الذى انتقص من الرهن من قيمته يوم القبض مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذى سبق الاستهلاك وليس بمضمون بتراجع السعر فلذلك سقط من الدين بقدر الناقص وهذا جواب سؤال بأن يقال لو سقط الدين بقدر الناقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر فى اسقاط شئ من الدين كما اذا ردته الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فأجاب عنه وقال انه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وتحقيق الجواب ـال القدورى وقدم آنفا اه اتقانى (قوله كذا ذكر صاحب الهداية) صاحب الهداية يقول هو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر فكيف يستشكل الشارح رحمه الله اه (قوله فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا الخ) يقال عليه انما لم يكن مضمونا حال ـاء العين أما حال الاتلاف فهو مضمون لان به يملك العين بالقبض السابق قال القدورى رحمه الله فى شرحه لمختصر الكرخى ما نصه ولا يقال ان نقصان السعر فى الرهن ليس بمضمون لانه لا يضمن مع بقاء عين الرهن فأما اذا تلفت العين فالضمان متعلق بقبضها كأنه

يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضى له ولا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه قال رحمه الله (فلو هلك فى يد الراهن هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بينا قال رحمه الله (وبرجوعه عاد ضمانه) أى برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن أن يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى هذه الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من بين سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه ألا ترى أن ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال رحمه الله (ولو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط الضمان) لما بينا قال رحمه الله (ولكل أن يرده رهنا) لان لكل واحد منهما فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن أو من أجنبى اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدا ولو مات الراهن قبل أن يرهنه ثانيا كان المرتهن أسوة الغرماء لان الرهن تعلق به حق محترم لازم لهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية لانها لم يتعلق بها حق لازم والايداع من أحدهما باذن الآخر كالاعارة لانه غير لازم كالعارية والرهن كالاجارة لانها لازمة وبيع المرتهن الرهن واجارته وهبته من الراهن كالاعارة لان هذه العقود لا تلزم فى حقه لان ملكه باق فيه فتبطل به هذه العقود ولو أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال أو أعاره للعمل فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن واليد والضمان وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ ولو هلك فى حالة العمل هلك أمانة لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان ولو اختلفا فى وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك فى غير حالة العمل كان القول قول المرتهن لانه منكر والبينة بينة الراهن لانه مدع قال رحمه الله (وان استعار ثوبا ليرهنه صح) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل فى حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد ثم يكون رهنا بما رهنه به قليلا كان أو كثيرا اذا أطلق ولم يقيده بشئ لان الاطلاق يجب اعتباره خصوصا فى العارية لان الجهالة فيها غير مفسدة لكونها لا تفضى الى المنازعة قال رحمه الله (ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن) أى لو عين المعير قدر ما يرهنه به أو جنسه أو البلد الذى يرهنه فيه فخالف كان للمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب

استوفى مقدار قيمتها يوم القبض اه وحينئذ فلا اشكال والله الموفق اه كاتبه وكتب ما نصه اذا لم يكن مضمونا عليه حال بقاء العين لا يمكن أن يرجع الى قيمته وأما بعد الهلاك فهو فى ضمانه اه (قوله لارتفاع القبض الموجب للضمان) ولانه تلف فى يد مالكه فلا يجب ضمانه على غيره اه غاية (قوله فى المتن ولو أعاره أحدهما أجنبيا) قيد بالاجنبى لانه لو أعاره للراهن أو أجره منه أو أودعه عنده كان للمرتهن أن يسترده والاجارة باطلة كذا فى فتاوى قاضيخان وغيره اه كاكى (قوله بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن) يعنى اذا باع الراهن الرهن من المرتهن أو أجره أو وهبه منه صح ويخرج عن الرهن بذلك ولا يعود الا بعقد جديد وهذا كما ترى صريح فى جواز الاجارة من المرتهن وقد قال الاتقانى رحمه الله نقلا عن شرح الطحاوى للاسبيجابى ما نصه وكذلك لو استأجره المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة ولو هلك فى يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها ولم يحبسه عن الراهن هلك أمانة ولا يذهب بهلاكه شئ من الدين ولو حبسه من الراهن بعد انقضاء مدة الاجارة صار غاصبا اه وهو يؤيد ما ذكره الشارح من جواز اجارة الراهن الرهن من المرتهن وفى معراج الدراية ولو أجره الراهن من المرتهن كانت الاجارة باطلة وهو بمنزلة ما لو أعاره أو أودعه وفى الايضاح أجره من المرتهن خرج من الرهن ولم يعد الى الرهن أبدا لان الاجارة عقد لازم فاذا لزم العقد انتفى الرهن اه وقال الولوالجى رحمه الله ولو أجر الراهن من المرتهن بطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ينفذ على المرتهن الا بعد انتقاض الرهن وكذلك الراهن اذا آجر من انسان آخر وأجازه المرتهن أو أجره المرتهن فأجازه الراهن يبطل الرهن اه (قوله ولو مات الراهن الخ) يعنى فيما اذا باشر أحدهما الاجارة أو البيع أو الهبة ومات الراهن قبل وصول العين المرهونة الى المرتهن كان المرتهن أسوة الغرماء لان هذه العقود لازمة فبطل بها عقد الرهن فكان المرتهن وسائر الغرماء سواء بخلاف ما اذا أعاره أحدهما باذن الآخر فمات الراهن قبل الرد الى المرتهن حيث كان المرتهن أخص به من سائر الغرماء لان الاعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن واذا بطل الرهن بالعقود المذكورة ثم انفسخت لم يعد الرهن الا بعقد جديد وقبض لانه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق اه اتقانى رحمه الله (قوله ولو اختلفا الخ) كذا فى فتاوى قاضيخان اه (قوله وهو قضاء الدين بماله) أى بمال غير المديون وهو الشخص المتبرع اه (قوله لان البيع) أى قبل القبض اه (قوله لو عين المعير الخ) كان ضامنا قيمة الثوب المستعار للرهن ان هلك فى يد المرتهن لانه تصرف فى ملكه على وجه لم يأذن له فيه فصار

غاصبا قال الكرخى فى مختصره وللمعير أن يأخذه من يد المرتهن ويفتك الرهن فيه اذا كان معلوما أنه عارية من صاحبه وذلك لانه لما لم يأذن له فى هذا الرهن صار كأنه رهن ملكه بغير أمره فله أن يأخذه من يد المرتهن اه غاية * فرع كثير الوقوع قال فى الخلاصة وللمرتهن أن يبيع ما يخاف عليه الفساد باذن الحاكم ويكون ثمنه رهنا عنده اه وان باع بغير أمر القاضى كان ضامنا اه قاضيخان (قوله لان التقييد) أى تقييد المعير بقدر معين اه (قوله بما تيسر أداؤه) أى عند الاحتياج الى فكاكه اه (قوله ليرجع عليه) أى على المستعير اه

كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفى النقصان أيضا لان غرضه أن يصيره مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن الا اذا عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك مع تيسر أدائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به فتعيينه أكثر من قيمته غير مفيد فى حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر بعض الاجناس فى التحصيل دون بعض وتفاوت الاشخاص والبلدان فى الحفظ والامانة فيضمن بالمخالفة ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه فى الاستحقاق قال رحمه الله (وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير) لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقى أمانة وهذا ظاهر وكذا لو نقصت قيمة الرهن بعيب أصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو افتكه المعير لا يمنع المرتهن ان قضى دينه) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن فصار أداؤه كأداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبى الدين لانه متبرع اذ لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله ثم يرجع المعير على الراهن بما أدى لما ذكرنا أنه غير متبرع بل هو مضطر فيه وذكر فى النهاية أنه اذا افتكه بأكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ما عرف فى موضعه ولو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو اختلفا فى ذلك كان القول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بماله والرجوع عليه باعتبار الايفاء عنه ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدعى فسخه فوجب أن يكون القول للمعير لانا نقول الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه الايفاء به ولهذا يتقدر بقدره ولو كان الرهن يوجبه لضمن كله ولو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به كان القول للمعير لانه لو أنكر الاصل كان القول له فكذا فى انكاره الوصف ولو رهنه المستعير بدين موعود فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض وقيمته والمسمى سواء ضمن قدر الموعود لما عرف أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة براءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز لقيام ملكه فى الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته

(قوله لا يضمن) أى الزيادة على القيمة اه (قوله ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن الخ) لى فيه نظر لان الملك فيه لم يستند الى وقت القبض اذ القبض كان باذن المالك وانما يستند الى وقت المخالفة وهو التسليم الى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين أنه رهن ملكه لان ملكه بعد عقد الرهن اه قارئ الهداية (قوله فى المتن وان وافق وهلك عند المرتهن الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمة الثوب عشرة أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن ووجب مثلها لرب الثوب على الراهن لانه فى ضمن اقتضاء المرتهن صار المعير مقرضا مثله من الراهن ويرجع بمثله عليه اه اتقانى (قوله يذهب من الدين بحسابه) أى بقدر حصة العيب اه غاية (قوله لا يرجع بالزائد على قيمته)

بيانه اذا أعاره عبدا قيمته مائة وأذن له أن يرهنه بمائتين فافتكه المعير بمائتين رجع بمائة لان العبد لو هلك فى يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر ولم يكن للمعير أن يرجع بأكثر منه فكذا اذا قضى بنفسه لم يرجع بأكثر منه ويكون متطوعا فى الزيادة التى قضاها ولا يقال انه لا يتوصل الى خلاص عبده الا بقضاء الجميع فلا يكون متبرعا فى الزيادة لان استيفاء المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة فلا يرجع المعير اذا وفى بالمباشرة الا بما يرجع به اذا وفى من طريق الحكم كذا ذكره القدورى فى شرحه اه غاية (قوله ولو اختلفا فى ذلك) يعنى قال رب الثوب هلك قبل الفكاك وقال الراهن هلك بعد الفكاك اه

لان حقه قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالاعتاق فتكون القيمة رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيردّ الى المعير لان القيمة قائمة مقام العين فأخذت حكم العين ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل أن يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا لدينه به وردّ على الراهن ماقبضه لحصول الاستيفاء بالرهن وضمن الراهن للمعير قدر ماصار به موفيا دينه لانه لما رهنه أزال التعدّى وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن ولو هلك عند الراهن بعد الاسترداد لايضمن لماذكرنا أنه عاد الى حكم الرهن ولو استعمله بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لايضمن أيضا لماذكرنا انه أمين وحكمه حكم الوديعة عنده لاحكم العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصارت يده يدا لمالك لكونه عاملا للمالك بتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فاذا تعدّى لايبرأ من الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام يبرأ المستعير اذا أزال التعدى كالوديعة واستدل عليه هو بمسئلة المستعير للرهن وقد بينا المعنى فيه فلا يبقى حجة له على ذلك التقدير ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا يباع الا برضا المعير لانه ملكه ولو أراد المعير البيع وأبى المرتهن من بيعه بيع بغير رضاه اذا كان فيه وفاء لان حقه في الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفى منه حقه ولو مات المعير مفلسا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه و بردّ الرهن ليصل كل ذى حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولورثته أخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه فان كان فيه وفاء بيع والا فلا يباع الا برضا المرتهن كما مر لما بينا ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير لايباع الا برضاهم وان كان يفي بيع بغير رضاهم لوصول حقهم اليهم وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير قال رحمه الله (وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة) لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدّى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته يشترى بها عبد يقوم مقام الاوّل ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفى دينه قال رحمه الله (وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر) أى جناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر أطلق الجواب والمراد به جناية لاتوجب القصاص وان كانت توجبه فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص أما المرتهن فظاهر لانه أجنبى عنه وكذا المولى لانه كالاجنبى عنه فى حق الدم اذ لم يدخل فى ملكه الا من حيث المالية ألا ترى أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جائز والاقرار بما يوجب المال

(قوله والمرتهن حقه لازم الخ) قال القدورى فى مختصره وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها اه والضمير فى عليه راجع الى الرهن وفى دينه الى المرتهن وفى بقدرها الى الجناية وذلك لانه أتلف ملك غيره ومن أتلف ملك غيره لزمه ضمانه واذا لزمه الضمان وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقى لان مازاد على قدر الدين من القيمة كان أمانة وانما ضمنه بالاتلاف لابعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة اذا أتلفها المودع يلزمه الضمان كذا فى شرح الاقطع اه غاية (قوله ألا ترى أن اقرار المولى عليه الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا رهن الرجل عبدا بألف درهم وقيمته ألف فجنى على الراهن فى نفسه أو ماله جناية توجب مالا فهو هدر فى قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله قال القدورى وذلك لان المولى لايثبت له على عبده دين فحكم جناية الخطا حكم الدين ألا ترى أن المولى يملك أن يقر عليه بكل واحد من الامرين ولا يقبل اقرار العبد بهما فاذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر فليس كذلك جناية العبد لانها تثبت باقرار العبد ولا تثبت باقرار المولى عليه فصار المولى معه فيها كالاجنبى ولان الرهن على ملك الراهن وانما تثبت جنايته لحق المرتهن لان تعلق حقه يجعل المولى كالاجنبى فلا فائدة للمرتهن فى ثبوت هذه الجناية فلم يثبت وليس هذا كجناية المغصوب على المولى لان المغصوب مضمون ضمانا يتعلق به التمليك فصار كعقد الغاصب والرهن ليس بمضمون على الحقيقة قال شيخ الاسلام فى شرح الكافى قيل هذا قول أبى يوسف ومحمد أما على قول أبى حنيفة تعتبر جناية الرهن على الراهن لانه مضمون على المرتهن فأشبه الغاصب ثم جناية المغصوب على على المغصوب منه على هذا الاختلاف فهذا كذلك ثم قال والصحيح أن هذا قول الكل لانه ليس بمضمون مطلق بل هو مضمون لغيره وعينه أمانة فكان فى معنى الامانة وقضية وصف الامانة أن تكون جنايته هدرا ولهذا كان جناية العبد على المشترى قبل القبض هدرا وان كان فى ضمان البائع لانه مضمون عليه بغيره فهذا كذلك وكذلك جنايته على مملوكه ومتاعه وأما اذا جنى الرهن على المرتهن فهو هدر فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد جنايته على المرتهن ثابتة اذا كانت فى بنى آدم فان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان شاء المرتهن قال لا أطلب الجناية فيكون رهنا على حاله كذا ذكر الكرخى فى مختصره اه غاية

على عكسه فاذا لم يدخل فى ملكه من ذلك الوجه صار أجنبيا عنه فأفاد الوجوب عليه بخلاف ما يوجب المال لان ماليته ملك للمولى ومستحق للمرتهن فلا فائدة فى اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبى حنيفة رحمه الله لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الآدمى بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لما ذكرنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الآدمى فى النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة لان فى اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن عليه جناية على غير المالك غير أنها سقطت لعدم الفائدة فى جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهذه أفادت ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء ثم اذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك أبطلا الرهن لسقوط الدين به لا كه لان دفعه بالجناية يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على الاجنبى فدفع بها سقط الدين وان لم يطلب الجناية فهو رهن على حاله ولابى حنيفة رحمه الله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فى العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر وما ذكرا من الفائدة غير ظاهر لان أخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار المالك لان المجنى عليه لا يستبد بأخذه وقد لا يختاره والدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع وفى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أن جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لان الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع ولو جنى الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهى معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى أو ان كانت على المال يباع كما اذا جنى على الاجنبى اذ هو أجنبى لتباين الاملاك قال رحمه الله (وان رهن عبدا يساوى ألفا بألف مؤجل فرجعت قيمته الى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند رده ناقصا بالسعر خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر فى البيع اذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة فى ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا للالف بمائة لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلكت يصير مستوفيا لتسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا للكل بالعبد لانه لا يؤدى الى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسئلة الاولى لانا لو جعلناه مستوفيا للالف بمائة يؤدى الى الربا فجعلناه مستوفيا التسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة قال رحمه الله (ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة) أى لو باع المرتهن العبد الذى يساوى ألفا بمائة

(قوله ثم اذا اختار) التفريع على قولهما اه (قوله ولو جنى الرهن الخ) قال صاحب الهداية وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن يعنى أن جناية الرهن على المرتهن هدر عند أبى حنيفة بخلاف جنايته على ابن الراهن أو ابن المرتهن فانه معتبر بالاتفاق اه غاية (قوله خلافا لزفر) واذا انتقص من عينه شئ ذهب قسطه من الدين بالاتفاق اه اتقانى

بأمر الراهن وكان رهنا بألف فقبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه ورجع على الراهن بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هنا قال رحمه الله (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه بكل الدين) وهو الالف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شئ عليه غيره وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص بالسعر لا يسقط الدين وهو على الخلاف ولمحمد ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفا وقتل كل واحد منهما عبد اقيمته مائة فان كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القاتل ولا شئ له غيره وان شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر رحمه الله وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لان حكم الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب تمليكه باداء الضمان وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه لا يملك التمليك ولو فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشئ من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده لان الملك له وأيهما فعل سقط دين المرتهن به لان العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له بعوض بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن ابتداء بالدفع أو الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فاذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك ابتداء فان فداه فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أداه المرتهن فدينه على حاله كما في الفداء وان أبى قيل للراهن بعه في الدين الا أن يختار أن يؤدي عنه فان أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق المولى لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه قائم مقام المولى في المالية ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد على حق ولي الجناية أيضا لان ولي الجناية قائم مقام المولى في ملك العين فان فضل شئ من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمانه فأشبه الهلاك وان كان دين العبد أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه منه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل ثم يأخذه اذا حل ان كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا أدى العبد بعد العتق لا يرجع على أحد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان كله مضمونا وان كان بعضه أمانة بأن كانت قيمته أكثر من الدين وقد جنى العبد جناية قيل لهما افدياه أو ادفعاه لان البعض مضمون والبعض أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما له التخليص بالفداء ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال أن يختار الفداء وان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي أيهما كان أما اذا كان هو المرتهن فلانه ليس في الفداء الذي يختاره ابطال حق الراهن

وفي

(قوله ولو فداه طهر) طهر بالطاء المهملة اه اتقاني (قوله المحل) وهو العبد عن الجناية اه غاية (قوله لان الجناية حصلت في ضمانه فلو أنه رجع على الراهن لرجع الراهن عليه اه غاية (قوله بأخذ صاحب) أي الذي استهلك العبد ماله اه (قوله ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد الخ) أي قيمة المستهلك اه قال القدوري وانما قلنا ان حق ولي الجناية وحق ولي دين العبد يقدم على حق المرتهن لان حقهما يقدم على حق المالك وهو أقوى من حق المرتهن فلان يقدم على حق المرتهن أولى اه اتقاني (قوله فالفضل للراهن) يعني ان كان ما أخذه غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن أو أكثر بطل دين المرتهن على الراهن وان كان أقل منه بطل قدر ذلك على الراهن ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه اه (قوله وما فضل) أي وما فضل من ثمن العبد من دينه يبقى رهنا كما كان اه (قوله وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم) أي الذي استهلك العبد ماله اه (قوله بأن كانت قيمته أكثر من الدين) أي بأن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف اه (قوله وان تشاحا) اى في الدفع والفداء اه

وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا كان غائبا لانه تعذر خطابه والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا وعند أبى يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فصار كالاجنبى وأما اذا كان المختار للفداء هو الراهن فلأن المرتهن ليس له ولاية الدفع فكيف يختاره ولان فى الدفع الذى يختاره المرتهن تفويت حق الراهن فى العين من غير فائدة تحصل له لان حقه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الراهن ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه لان سقوط الدين أمر لازم دفع أو فدى لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا فداه صار كانه حصل له بالفداء فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى حصة الامانة كان عليه وفى حصة المضمون كان على المرتهن فاذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه أوفى بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقى بخلاف ما اذا فداه المرتهن حيث يكون متطوعا فى حال حضرة الراهن لا فى حال غيبته على ما بينا وعن زفر عن أبى حنيفة على عكسه بأن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا فى الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن فى حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما فى حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء ولا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى كان له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح من زيادة الاستيثاق ولا ضرر على الراهن فكان له ذلك قال رحمه الله (وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو كان الموصى حيا كان له أن يبيع الرهن فكذا الوصيه قال رحمه الله (فان لم يكن له وصى نصب له القاضى وصيا وأمر ببيعه) وفعل ذلك الى القاضى لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لانه ايثار لبعض الغرماء بالايفاء الحكمى فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقى والجامع ما فى كل واحد منهما من ابطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك فى مرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقى وبيع فى دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء فيملكه وله أن يبيعه ان وكل والا فلا الا باذن الراهن وكذا الوارث ان الموصى ومات قام الوصى مقامه الا أنه لا يبيعه لان الوكالة تبطل بموته

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوى عشرة فهو رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء ألا ترى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا أن المشترى يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب فكذا يكون محلا للرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزوال

(قوله من ابطال حق غيره) أى غير من رهن عنده اه (قوله وبيع فى دينه) أى لانه لا مزاحم له اه ﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة فصل المسائل المتفرقة المذكورة فى آخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات فيما سبق اه اتقانى (قوله كما أن ما يكون محلا للبيع الخ) قال الولوالجى رحمه الله وما جاز بيعه جاز رهنه لان عقد الرهن عقد تمليك يدا فاذا ملك تمليك العين رقبة ويدا أولى أن يملكه يدا اه ذكره فى الرهن (قوله لعود المالية المتقومة فيها الخ) فكان رهنا بالعشرة ولكن هذا اذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر والغالب النقصان فاذا انتقص سقط من الدين بقدره وانما قيدنا بنقصان المقدار لانه اذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شئ من الدين لكن الراهن يتخير كما اذا انكسر القلب ان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته رهنا عنده عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين كذا ذكر فى شرح الكافى وان لم تنتقص قيمته لا يخير فيه فيبقى رهنا كما كان لانه لا ضرر فى الجبر على الفكاك اه اتقانى

المفسد وقوله ثم تخلل وهو يساوى عشرة يشير الى أن المعتبر فيه فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين كما مر فى انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ماذكرنا لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف فى المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع بين أصحابنا رحمهم الله فيكون الحكم فيه أنه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا قال رحمه الله (وان رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا حيى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا وأما الرهن فيتقرر بالهلاك ومن المشايخ من يقول يعود البيع صحيحا وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك بالتقويم بأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها أمانة بان كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له وان دبغه بشئ له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين لانه لما حدث الدين الثانى وصار به محبوسا حكما خرج من أن يكون رهنا بالاول حكما فصار كما اذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن بدين آخر غير ما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول ويكون رهنا بالثانى فكذا هذا وقيل لا يبطل لان الشئ انما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه كالمبيع بألف اذا باعه ثانيا منه باقل أو باكثر يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن لانه دونه والرهن بالثانى هنا دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التى اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف دائما تبع للاصل والرهن الاول رهن بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثانى فلم يرتفع الاول بالثانى ويثبت الثانى أيضا لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن فأمكن القول ببطلانهما ولو أبق العبد الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر رحمه الله لا يعود بل يكون ملكا للمرتهن لان القاضى لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب يعود بعد الضمان فانه يكون ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلى على ما بينا وانما يقع بقبضه الاستيفاء من وجه ويتم ذلك بالهلاك فاذا عاد ظهر أنه لم يتم فبقى محبوسا بالدين والدليل على أنه لا يملك به العين أن كفنه على الراهن بخلاف المغصوب قال رحمه الله (ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن) لانه متولد من ملكه قال رحمه الله (وهو رهن مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسرى الى الولد ألا ترى أن الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية الى الولد ولا يتبع أمه فيه لان الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لان المستأجر حقه فى المنفعة دون العين وفى الكفالة الحق يثبت فى الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفى الغصب السبب اثبات يد العادية بازالة يد المحقة وهو معدوم فى الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسى والتبعية تجرى فى الاوصاف الشرعية وفى الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهى منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده لا ينقلب موجبا أيضا بعد أن انعقد غير موجب قال رحمه الله (ويهلك مجانا) أى اذا هلك النماء يهلك بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناوله قال رحمه الله (وان هلك الاصل وبقى النماء فك بحصته) أى اذا هلك الرهن وبقى النماء يفك الولد بحصته

(قوله والافلا) قال العينى رحمه الله بعد أن حكى قول الشارح قلت القيمة تزيد وتنقص بازدياد القدر ونقصه نداه (قوله فى المتن فهو رهن بدرهم) لان عقد الرهن يبطل بموت الشاة لان المرتهن صار مستوفيا بالهلاك وبالاستيفاء تأكد عقد الرهن فاذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائما فيثبت فيه حكمه بقسطه بخلاف البيع فان عامة المشايخ قالوا فى الشاة المبيعة اذا ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فان البيع لا يعود ولا نص فيه كذا قال فخر الاسلام والحاصل هنا ما قالوا فى شروح الكافى أن لعلمائنا فيه طريقان أحدهما أنه بطل أصلا لانعدام محلية الرهن بهلاك الشاة ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد لانه حيى هذا القدر ولو حيى كله يعود كل الرهن فاذا حيى بعضه يعود بقدره والثانى أنه لم يبطل الرهن فى قدر الجلد لان احتمال الحماية قائم فى هذا القدر فكان فى بقاء الرهن فائدة فيتوقف فيه وهو الاصح اه اتقانى (قوله ومن المشايخ من قال يعود البيع) والجمهور على أنه لا يعود لما بينا اه كافى

من

من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض وبقى الولد كان للمشترى أن يأخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن قال رحمه الله (ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته) لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت فى ضمانه من وقت القبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما فى وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شئ فيعلم بذلك أنه لا يقابله شئ من الدين الا عند الفكاك ولو أذن الراهن للمرتهن فى أكل زوائد الرهن بان قال مهما زاد فكله فأكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين لانه أتلفه باذن المالك وهذه اباحة والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التى أكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما أصاب الاصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه أو أتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة من الدين فبقى حصته هكذا ذكر فى الهداية والكافى وفتاوى قاضيخان والمحيط وعزاه الى الجامع قال رحمه الله (وتصح الزيادة فى الرهن لا فى الدين) معناه لا يصير الرهن رهنا بالدين المزيد وصورة الزيادة فى الرهن ظاهر وهو أن يزيد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول وأما صورة الزيادة فى الدين فهو أن يزيد دينا على الدين الاول على أن يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جائز وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة فى الدين أيضا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز الزيادة فى الرهن أيضا لانه يؤدى الى الشيوع لانه لا بد للرهن الثانى من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من أن يكون رهنا أو مضمونا وذلك شائع والشيوع مفسد للرهن ولابى يوسف رحمه الله أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان الالحاق فيهما كما فى البيع ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن لان الزيادة فى الدين تثبت فيه ضمان الدين الثانى فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض مشاع فلا يجوز بخلاف الزيادة فى الرهن لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثانى لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع فى الدين لا فى الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن شيأ بخمسمائة من ألف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع فى الدين يمنع لما جاز والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به بل وجوده سابق على الرهن ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون فى المعقود عليه كالمبيع أو فى المعقود به كالثمن لا فى غيره لانه ليس باحد البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقولهم ان الزيادة فى الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنا بالزيادة وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه لان كل واحد منهما دخل فى ضمان

(قوله ولهذا لو هلك الولد الخ) قال الكرخى فى مختصره فان لم يفتكه الراهن حتى مات بعد أمه ذهب بغير شئ وصار كأنه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخى وذلك لما بينا أنه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات فكأنه لم يكن فيحكم بأن الام هلكت بالدين كذا فى غاية البيان وقد ذكر فيها فى هذا المحل فروعا جمة فلتنظر ثمة اهـ (قوله فما أصاب الاصل الخ) مثاله ما قال فى الزيادات رجل رهن رجلا شاة تساوى عشرة دراهم بعشرة وأذن الراهن للمرتهن أن يحتلب لبنها ويشرب منه ويأكل ففعل صح لان صاحب الملك قد رضى فاذا حضر الراهن افتك الشاة بجميع الدين لان ما أتلفه المرتهن فكان الراهن استرده ولو هلكت الشاة قبل أن يحضر الراهن ثم حضر فان الدين يقسم على قيمة الشاة وقيمة اللبن فتقضى حصة اللبن لان فعل المرتهن نقل الى الراهن فصار الراهن مستردا فصار له قسط من الدين فان كانت قيمة اللبن خمسة صار بازائه ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة ويؤدى ثلثه اهـ اتقانى (قوله وأما صورة الزيادة الخ) وصورة المسئلة ما قال فى شرح الطحاوى وهو أن يرهن عند رجل عبدا يساوى ألفين بألف درهم ثم استقرض الراهن من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بهما جميعا فانه يكون رهنا بالاولى خاصة عند أبى حنيفة ومحمد وزفر ولو هلك هلك بالالف الاولى ولا يهلك بالالفين وان كانت قيمته ألفين ولو قضى الراهن ألفا وقال انما قضيتها من الالف الاولى فله أن يسترد العبد اهـ اتقانى (قوله وقال زفر والشافعى الخ) وهو القياس اهـ غاية (قوله ولابى حنيفة ومحمد الخ) وهو القياس اهـ هداية (قوله وذلك البعض مشاع) ولو رهنه ابتداء نصف العبد بدين ونصفه بدين آخر لم يجز اهـ اتقانى (قوله والالتحاق بأصل العقد) جواب عن قول أبى يوسف اهـ (قوله وتسمى هذه زيادة قصدية) وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهى زيادة النماء وثمة يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة النماء يوم الفكاك اهـ اتقانى (قوله وعلى قيمة الاول يوم قبضه) حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألف يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين وفى الاصل ثلثا الدين اهـ هداية

(قوله لسقوط الدين) كما فى الابراء اه هداية (قوله ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين الخ) قال الولوالجى ولو قبض

المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منهم ألف درهم والدين ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذى زيد عليه لانه جعله زيادة مع الولد دون الام والولد لا حصة له الا وقت الفكاك فما أصاب الولد فى ذلك الوقت قسم عليه وعلى العبد الزيادة لما ذكرنا وقيل ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج من العقد فصار كأن لم يكن فبطل الحكم فى الزيادة وكذا لو هلكت الزيادة قبل فكاك الولد هلكت بغير شئ لانه تبع فيأخذ حكمه ولو كانت الزيادة مع الام قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما أصاب الام ذهب وسقط وما أصاب الولد افتكه به الراهن لان الزيادة دخلت على الام فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة أولا ثم ما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت وبقى الولد الى الفكاك ولو هلك الولد بعد هلاكها قبل الفكاك أو هلك هو وحده دونها ذهب بغير شئ لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت الفكاك فصار كانه لم يكن أصلا فبقى حصة الام كلها عليها تذهب بهلاكها وحصة الزيادة أيضا تذهب بذهاب الزيادة فصار كان الرهن فى الام وحدها وزاد العبد عليها فأيهما هلك هلك بحصته وافتك من بقى منهما بحصته قال رحمه الله (ومن رهن عبدا بألف فدفع عبدا آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا بنقض القبض فاذا كان الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثانى يد أمانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا تنوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا يظنها جيادا ثم علم أنها زيوف وطالبه بالجياد وأخذها فان الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض فى الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه أمانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولان الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن هلك بغير شئ استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع وكذا اذا ارتهنت المرأة بصداقها رهنا فأبرأته أو وهبته له أو اختلعت عليه أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول بها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ لسقوط الدين ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه الدين أو المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين أصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون المقبوض مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا ومعناه أن دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة فى مطالبة كل واحد منهما صاحبه لان كل استيفاء يوجد يعقب مطالبة مثله فيؤدى الى الدور فترك الطلب لعدم الفائدة فأما الدين نفسه فثابت فى ذمة كل واحد منهما فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الاستيفاء بقبض الرهن وينتقض الاستيفاء الثانى الذى هو الحقيقة وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عن الدين على عين وكذا اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين لانه فى معنى البراءة بطريق الاداء لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو مثل ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا اذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على

المرتهن دينه ثم هلك الرهن رد الدين لان بقبض الدين لم يسقط الدين عن الغريم من كل وجه ولهذا صحت الهبة واذا بقى أصل الدين بقى الرهن فبقى الضمان اه (قوله وكذا اذا اشترى) أى المرتهن اه (قوله بالدين عينا) أى من المرتهن اه (قوله أو صالح عن الدين على عين) أى لانه استيفاء اه هداية أى لان الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين اه وكتب ما نصه ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته اه غاية (قوله لانه بمنزلة الوكيل) أعنى أن المحتال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل فثبت أن هذا براءة وقعت بطريق الاداء فلا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا فاذا هلك بالدين بطلت الحوالة لانه يستند حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض السابق فتبين أنه أحال بالدين ولا دين اه اتقانى وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد فى الكافى ولو ارتهن عبدا بألف درهم يساويها ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شئ وقد مات العبد فعلى المرتهن أن يرد عليه ألف درهم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرحه الذى هو مبسوطه وذلك لانه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون المقبوض على سوم المقبوض على سوم قيامه القرض مضمون عليه حقيقة بما ساومه ولم يحققه فكذا المقبوض على ظاهر الدين اه غاية

قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء وقال فى الكافى ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى المبسوط اذا تصادقا على أن لا دين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصير مستوفيا وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا رجل دفع مهر غيره تطوعا فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى وقال زفر رحمه الله يرجع الزوج والمشترى بذلك على القابض لان المتطوع أدى عنهما فصار كأدائهما باذنهما قلنا انه اذا قضى عنهما بأمرهما رجع عليهما بما أدى فلكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فبقى على ملك المتطوع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الجنايات ﴾

وهى فى اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر وهى فى الشرع اسم لفعل محرم سواء كان فى مال أو نفس لكن فى عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل فى النفس والاطراف ثم القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم على ما نبين ان شاء الله تعالى هذا تقسيم الشيخ أبى بكر الرازى رحمه الله وذكر محمد رحمه الله فى الاصل أنه على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ قال رحمه الله (موجب القتل عمدا وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه فى تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الاثم والقود عينا) أى القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعينا أما

مناسبة الجنايات بالرهن من حيث الحكم لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوى والتلف بوثيقة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة النفس عن هلاكها ألا ترى الى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة ولأنها عبارة عما ليس للانسان فعله وكل ما ليس (قوله والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام الخ) أى المراد القتل الذى هو جناية وهو ما يتعلق به الاحكام المذكورة فان القتل أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربى والقتل قصاصا ثم القتل عبارة عن ازهاق الروح بفعل شخص وان كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى ذلك موتا اه (قوله هذا تقسيم الشيخ أبى بكر الرازى) وتبعه القدورى فى مختصره فى تقسيمه اه (قوله أنه على ثلاثة أوجه الخ) قال الاتقانى ونقل الشيخ أبو جعفر الطحاوى فى مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره هذه العبارة اه (قوله عمد وشبه عمد وخطأ) وصاحب النافع قال القتل على أربعة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ والقتل بالتسبيب ولم يذكر ما أجرى مجرى الخطأ لان حكمه حكم الخطأ فلم يفرد له نوعا قاله الاتقانى اه قلت ولعل محمدا رحمه الله انما اقتصر على الثلاثة ولم يذكر النوعين الاخيرين وهما القتل بسبب وما جرى مجرى الخطأ لأن قصده بيان أحكام القتل الذى فيه مباشرة والقتل بسبب ليس فيه مباشرة وأما ما جرى مجرى الخطأ فانه وان كان فيه مباشرة لكن لما كان حكمه حكم الخطأ لم يذكره والله الموفق (قوله كالمحدد من الحجر والخشب الخ) قال فى شرح الطحاوى فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف أو ما كان كالحديد سواء كان له حدة يبضع بضعا أو ليس له حدة ولكن يرض رضا كالعمود وسنجاة الميزان وغيرها أو طعن بالرمح أو الابرة أو الاشفى بعد أن يقع عليه

اسم الحديد سواء كان الغالب عليه الهلاك أو لم يكن لان الحديد منصوص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف وفى رواية لا قود الا بالسلاح وفى رواية لا قود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والفضة والذهب والنحاس والآنك سواء قتله بضعا أو رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل الحديد فهو عمد والا فلا كما اذا أحرقه بالنار فهو عمد لانها تعمل عمله لانها تشق الجلد وكذلك ما له حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب والحجر له حد مما يبضع بضعا أو يطعن كخشب له حد يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد الى هنا شرح الطحاوى وقال فخر الدين قاضيخان فى فتاواه فى ظاهر الرواية فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال فى الاجناس ذكر فى الشروط الكبير لابى جعفر الطحاوى أنه لا قصاص فى العمود من الحديد لانه لا يجرحه اه اتقانى قال شيخ شيخنا قاسم فى حاشيته على شرح المجمع فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره قال فى الينابيع وهذه الرواية أصح اه وظاهر صنيع الزيلعى اختيار هذه الرواية قال الولوالجى رجل ضرب رجلا بابرة وما أشبهه فمات فلا قود عليه لان

مثل هذا لا يقصد به القتل عادة هكذا ذكر في العيون فقتل العمد هو الموجب للقصاص لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي موجب قتل العمد القود وقتل العمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما هو في معنى السلاح كالآلة التي تقطع وتجرح كليطة قصب وحجر له حدة وكالنار وعمود حديد وسنجة حديد الصحيح أن عند أبي حنيفة لا يجب القصاص فيما يجرح اهـ وقال الاتقاني عند قوله ومن ضرب رجلا بحجر فقتله قال الصدر الشهيد وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين أيضا ثم قال والاصح عندما لا جرح أي عند أبي حنيفة اهـ وقد نقلت عبارة الاتقاني بتمامها عند قوله في الكنز ومن قتله (٩٨) بمر فارجع اليها ان شئت والله الموفق اهـ قوله على اختلاف الروايتين أيضا هما ظاهر الرواية ورواية الطحاوي اهـ (قوله هو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها الى آخر الآية) وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة وشرائع من قبلنا تلزمنا على أنه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها وقال تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل وانما قيدناه بالعمد وان كانت النصوص مطلقة لان القصاص عقوبة محضة فيجب أن يكون سببها أيضا جناية محضة وهو العمد وهذا لان الخطأ فيه معنى الاباحة أو لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي بحكم العمد قود اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ ثم انما يجب القصاص في العمد اذا كان القاتل من أهل العقوبة بأن كان عاقلا بالغا مخاطبا مسلما كان أو كافرا ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا والمقتول معصوم الدم عصمة أبدية وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة أي لا يكون ولده وان سفل وأن لا يكون مملوكه فانه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتل به لان المماثلة في التكاليف في القصاص ليس بشرط عندنا وعند الشافعي يقتل بما قتل به كذا في شرح الطحاوي اهـ اتقاني (قوله في المتن الا أن يعفى) تقدم في باب المستأمن من كتاب السير متنا وشرحا أنه من قتل مسلما لا ولي له أو حربيا جاءنا بأمان فأسلم فان كان خطأ فديته على عاقلته للامام وان كان عمدا يجب عليه القصاص أو الدية ينظر فيهما الامام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا اهـ فليراجع ذلك اهـ قوله أو الدية أي اذا رضي بها القاتل اهـ (قوله كالمثلي المنقطع) يعني اذا وجب في ذمته مثلي بغصب أو غيره ثم انقطع عن أيدي الناس فان الطالب يخير ان شاء عدل الى القيمة في الحال وان شاء صبر الى أن يجيء المثل اهـ من خط الشارح (قوله وما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اهـ

اشتراط العمد به فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث وأما اشتراط السلاح أو ما جرى مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو أمر مبطن فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا والآلة القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل وما ليس له حد فليس بمعد له حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشبة كبيرة أو بصنجة حديد أو نحاس لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في شبه العمد وذكر قاضيخان رحمه الله أن الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية وأما وجوب المأثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقال صلى الله عليه وسلم سباب المؤمن فسق وقتاله كفر وقال عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه اجماع الامة وأما وجوب القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى أوجب الدية في القتل خطأ بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقال عليه الصلاة والسلام العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطأ فيه شبهة العمد فلا يوجب العقوبة المتناهية قال رحمه الله (الا أن يعفى) أي يجب القصاص عينا الا أن يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شيء ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي رحمه الله الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي وفي قول عنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولي حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما أن يقتل واما أن يودى وقال عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا وهذا نص على التخيير ولان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد منهما نوع جبر فيتخير في تعيين الواجب كالكفارات أو في العدول الى المال بعد الوجوب كالمثلي المنقطع فلا يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا للهلاك وهو بامتناعه متعنت وملق نفسه في التهلكة فيجبر عليه كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فانه يتعرض له شرعا والآدمي قد يضمن بالمال كما في الخطا ولنا ما تلونا وما روينا والمراد به القتل العمد على ما بينا والالف واللام في قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود للجنس لعدم العهد فيقتضي أن جنس العمد موجب للقود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق مكرما ليتحمل

التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى فى الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا
له فى حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لانه قتل بقتل وكذا معنى لان
المقصود بالقتل الانتقام والثانى فيه كالاول ولهذا سمى قصاصا وبه يحصل منفعة الاحياء لكونه زاجرا
لا بأخذ المال فتعين موجبا الا المال ولهذا يضاف ماوجب من المال فى قتل العمد الى الصلح ألا ترى الى
قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولو كان القتل عمدا موجبا للمال لما أضافه
الى الصلح ولا يعارض بقوله لا تعقل العاقلة عمدا لان المراد به مالا يمكن القصاص فيه من الجراحات فيما
دون النفس وفى الصلح ماأمكن فى النفس وغيره وبه يستقيم والمراد بما روى والله أعلم ثبوت الخيار
للولى عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافى رضا الآخر فى غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك
ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه الا برضا المدين وهذا
سائغ فى الكلام ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى لا تأخذ الا
سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند التفاسخ بخيره ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله الا برضا
الآخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما فاذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا تبقى حجة له والذى يدل
على ذلك ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان القصاص فى بنى اسرائيل ولم تكن الدية فقال
عز وجل هذه الآية كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد الى قوله فمن عفى له من أخيه
شئ والعفو فى أن يقبل الدية فى العمد ذلك تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر
أن بنى اسرائيل لم تكن فيهم دية أى كان ذلك حراما عليهم أخذه عوضا عن الدم أو يتركوه حتى يسفكوا
الدما فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية ونبه النبى
صلى الله عليه وسلم على هذه الجهة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو أو يأخذ
الدية التى أبيحت لهذه الامة وجعل لهم أخذها اذا أعطوها وعن أنس بن مالك أن عمته الربيع لطمت
جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان
المال واجبا به لخيره اذ من وجب له أحد الشيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا وانما يحكم له بان
يختار أيهما شاء والذى يحققه أن الولى لو عفا عن القصاص قبل اختياره القصاص صح عفوه ولو لم يكن
هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه باختياره اذ العفو عن الشئ قبل وجوبه باطل فاذا كان
القصاص هو الواجب الاصلى لا ينفرد الولى بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر أحد على
المعاوضة كما فى سائر الحقوق ولهذا لو ترك الولى القصاص بمال آخر غير الدية كالدار أو نحوها من الاعيان
لا يجبر القاتل على الدفع وان كان فيه احياء نفسه ولا نسلم أن المضطر الذى ذكره يجبر على الشراء بحيث
يدخل فى ملكه من غير رضاه وانما نقول بأثم اذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا أيضا
بأثم اذا لم يخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله والآدمى قد يضمن بالمال كما فى الخطا قلنا وجوب الضمان
فى الخطا ضرورة صون الدم عن الاهدار لا باعتبار أنه مثل له وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص
لعدم الجناية صير اليه لصون الدم ولولا ذلك لتخاطأ كثير من الناس وأدى الى التفانى ولان النفس محترمة
فلا تسقط حرمتها بعذر الخاطئ كما فى المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار ولا يقال وجوب
القصاص لا ينافى وجوب المال ولا العدول اليه من غير رضا الجانى ألا ترى أن رجلا لو قطع يد رجل
وهى صحيحة ويد القاطع شلاء فالمقطوع يده بالخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء قطع يده الشلاء وكذا
لو عفا أحد الاولياء بطل حق الباقين فى القصاص ووجب لهم الدية ولولا أنه وجب بالجناية لما وجب بغير
رضاهم لانا نقول انما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كملا وكلامنا مع القدرة على الاستيفاء فلا
يلزمنا قال رحمه الله (لا الكفارة) أى لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعى رحمه الله تجب اعتبارا
بالخطا بل أولى لانها شرعت لمحو الاثم وهو فى العمد أكبر فكان أدعى الى ايجابها ولنا أن الكفارة دائرة

(قوله فى المتن لا الكفارة) ولو عفا الولى عن نصف القصاص يسقط الكل ولا ينقلب الباقى مالا اهـ قنية

بين العبادة والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا ولا يمكن قياسه على الخطا لانه دونه في الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما ولا يمكن أن يقال يرتفع الاثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه ومن ادعى غير ذلك كان متحكما منه بلا دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم الآية كل موجبه هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا ولا يجوز بالرأي قال رحمه الله (وشبهه وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة لا القود) أي موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص وقوله وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر أي بغير ما ذكر في العمد والذي ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شئ ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبه قال الشافعي رحمه الله وانما سمي هذا النوع بشبه العمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل وخطأ باعتبار القتل لهما ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التأديب أو اتلاف العضو لا القتل فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا فيجب القود ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رض بين حجرين رأس يهودي رض رأس صبي بين حجرين وكذا قتل المرأة التي قتلت امرأة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبيرة والكلام في مثلها ولان قصد القتل أمر مبطن لا يعرف الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقصرت العمدية لذلك فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الآلة المحددة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا وباطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب أن يستوي بين الصغير منه والكبير حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا فكان في قصده القتل شك لما فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك وما رووه من رض اليهودي يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام علم أن اليهودي كان قاطع الطريق فان قاطع الطريق اذا قتل بعصا أو سوط أو غيره بأي شئ كان يقتل به حدا أو يحتمل أنه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فان ذلك جائز أن يلحق به على ما بينا في قطاع الطريق وأما حديث المرأة فقال عبيد بن فضيلة عن المغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها غرة فقال الاعرابي أغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال أسجع كسجع الاعرابي وفي رواية قال هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه فعلم بذلك أن ما رووه غير صحيح والذي يدل على ذلك أن الراوي لذلك حمل بن مالك على زعمهم فانهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين بيتي امرأتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها

(قوله في المتن وشبهه) قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الاصل شبه العمد ما تعمد ضربه في العصا أو السوط أو الحجر أو اليد وروى الحسن عن أبي حنيفة في رجل ضرب رجلا بعصا فقتله ان ذلك شبه العمد وكذا لو رماه بحجر فشجه وكذا لو ضربه بصخرة أو عود وكذا لو وكزه أو وجأه فمات من وجأته أي عضه فمات من عضته فذلك كله شبه العمد قال أبو الحسن وتغلظ الدية في شبه العمد في الابل اذا فرضت الدية فيها فأما غير الابل فلا تغلظ فيها الى هنا لفظ الكرخي وقال القدوري في شرحه وأما شبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء وقال أبو يوسف ومحمد أن يتعمد الضرب بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب وهو قول الشافعي وقال في شرح الطحاوي وأما شبه العمد فهو أن يضرب بشئ الغالب فيه الهلاك كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوه فاذا قتله به فهو شبه العمد عند أبي حنيفة وعندهما هو عمد فأما اذا تعمد قتله بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بلطمة وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه فهذا شبه العمد بالاجماع واذا تابع الضرب حتى مات فهو شبه العمد عند أبي حنيفة وعندهما هو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله لكونه ساعيا في الارض بالفساد) سيجئ عند قوله وانما يقتص بالسيف في الباب الذي يلي هذا أن قاطع الطريق يقتل بأي شئ رآه الامام اه (قوله فضيلة) هكذا هو في نسخ بالفاء والذي بخط الشارح نضيلة فليحرر اه (قوله كسجع الاعرابي) كذا بخط الشارح وفي بعض النسخ الاعراب فليحرر اه

جنينها بغرة وأن تقتل بها هكذا رووه وقال ابن المسيب وأبو سلمة عن أبي هريرة اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يارسول الله كيف أغرم من لاشرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يتصور أن يصح عنه خلاف ذلك ثم لافرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين أن يموت بضربة واحدة و بين أن يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا على قولهما في الموالاة وقال الشافعي رحمه الله يصير عمدا بها فيوجب القصاص ولو ألقاه من جبل أو سطح أو غرقه في الماء أو خنقه حتى مات كل ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان إثما يشبه العمد لانه ارتكب محرم دينه قاصدا له وانما وجبت الكفارة به لانه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطا وذكر صاحب النهاية أن صاحب الايضاح قال في الايضاح وجدت في كتب بعض أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد على قول أبي حنيفة رحمه الله فان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرعية الكفارة لان ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر أن نقول انه آثم اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب ألا ترى أنها لا تجب بالضرب بدون القتل و بعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب وأما وجوب الدية به فلما روينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيستحق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطا ولهذا أوجبها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين و يتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطا بل أولى لانه جزاء الفعل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه الى الفعل فحاصله أنه كالخطا الا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والخطأ وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم أو غرضا فأصاب آدميا أو ما جرى مجراه كنائم انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة) أي موجب قتل الخطا وموجب ما جرى مجرى الخطا الكفارة والدية على العاقلة وقوله وهو أن يرمي شخصا الخ تفسير لنفس الخطا فانه على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل وقد بين النوعين بقوله وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطا في القصد لانه لم يخطئ في الفعل حيث أصاب ما قصد رميه وانما أخطأ في القصد أي في الظن حيث ظن الحربي مسلما والآدمي صيدا وقوله أو غرضا فأصاب آدميا أي أو رمى غرضا فأصاب آدميا وهذا بيان للخطا في الفعل دون القصد فيكون معذورا اذا اختلف المحل بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعا من جسده فأصاب موضعا آخر منه حيث يجب القصاص لان المحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه والقتل اذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطأ نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل في كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكرنا أو على الاجتماع بان رمى آدميا ظنه صيدا فأصاب غيره من الناس وقوله كنائم انقلب على رجل بيان لما جرى مجرى الخطا لان هذا ليس بخطا حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطئا المقصود ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطا لانه معذور كالمخطئ وانما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقد قضى بها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا وقدر الدية وصفتها وما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز نذكره في الديات ان شاء الله تعالى وبهذا النوع من القتل لا يأثم اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لان الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها الا بشرط أن لا يؤذي أحدا فاذا آذى أحدا فقد تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لانها ستارة ولا ستر بدون الاثم قال رحمه الله (والقتل بسبب كحافر

(قوله أو غرقه في الماء أو خنقه) سيأتي حكم الخنق والتغريق في المتن في الباب الآتي والله الموفق اه وكتب ملخصه قال الولوالجي رحمه الله ولو طرحه في بئر أو من ظهر جبل أو سطح لم يقتص منه عند أبي حنيفة وعندهما الجواب على التفصيل ان كان ذلك بحيث يقتل غالبا يجب القصاص ويكون عمدا وان كان لا يقتل غالبا لا يجب القصاص ويكون خطأ العمد اه ﴿فرع﴾ في مسئلة السم ولو سقاه سما حتى مات فهذا على وجهين ان دفع اليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات لا يجب القصاص ولا الدية ويحبس و يعزر ولو أوجره ايجارا تجب الدية على عاقلته وان دفع اليه في شربة فشرب ومات لا تجب الدية لانه شرب باختياره الا أن الدفع خدعة فلا يجب الا التعزير والاستغفار اه قاضيخان وفي المجرد لو ربط رجلا وألقاه في البحر فرسب وغرق كما ألقاه تجب الدية في قول أبي حنيفة ولو سبح ساعة ثم غرق فلا شئ عليه لانه غرق بعجزه وفي الاول بطرحه في الماء اه قاضيخان قوله لا يجب القصاص ولا الدية أي وبرثه اه ظهيرية (قوله في المتن والخطأ) قال في شرح الطحاوي وأما قتل الخطا فهو أن يقصد مباحا فيصيب محظورا اه اتقاني (قوله بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعا من جسده الخ) في الذخيرة قصد أن يضرب يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو أصاب عنق غيره فهو خطأ قال صاحب المجتبى و بهذا تبين أن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا اه كاكي

(قوله لطمت جارية) أى من الانصار اهـ غاية (قوله فقال أنس بن النضر) أى عم أنس بن مالك اهـ قاله الاتقانى فى أول باب القصاص فيما دون النفس اهـ

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

لما ذكر أنواع القتل وهى خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع فى بيان ذلك اهـ اتقانى (قوله فى المتن يجب القصاص بقتل كل محقون الدم الخ) قال الاتقانى والاصل فى ثبوت القصاص الكتاب والسنة قال الله عز وجل ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا السلطان القتل بدليل قوله فلا يسرف فى القتل وقال تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس

وقال عز وجل يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى وقال تعالى ولكم فى القصاص حياة وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود ولا يقال يرد قتل الاب ابنه عمدا اشكالا على الكلى الذى ذكره فانه لا يوجب القصاص لانا نقول موجب ذلك القصاص أيضا ولكن سقط لحرمة الابوة وذلك عارض والكلام فى الاصول لا فى العوارض ولهذا كان الابن شهيدا وان كان تجب الدية لانه انقلب مالا للشبهة وبه صرح فى شرح الطحاوى فى كتاب الصلاة اهـ اتقانى كتب على قوله محقون الدم حقن الدم منعه من أن يسفك اهـ (قوله فى المتن ويقتل الحر بالحر وبالعبد) قال قاضيخان عبد قتل عمدا يجب القصاص ويكون الاستيفاء الى المولى ولو كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فولاية الاستيفاء لهم جميعا

البئر و واضع الحجر فى غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة) أى موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة أما وجوب الدية به فلانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع للملقى فيه فتجب فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطا فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما فى الخطا بل أولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه قال رحمه الله (والكل يوجب حرمان الارث الا هذا) أى كل نوع من أنواع القتل الذى تقدم ذكره من عمد وشبه عمد أو خطا يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى رحمه الله هو ملحق بالخطا فى أحكامه قال رحمه الله (وشبه العمد فى النفس عمد فيما سواها) لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا والذى يدل على هذا ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فأبوا والارش فأبوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال أنس بن النضر أتكسر ثنية الربيع قال والذى بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا أنس كتاب الله القصاص فرضى القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو أقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه أنا علمنا ان اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام فثبت بذلك أن ما كان فى النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد والله أعلم

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

قال رحمه الله (يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا) لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد لتنتفى شبهة الاباحة عنه لان القصاص نهاية فى العقوبة فيستدعى الكمال فى الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن لان دمه غير محقون على التأبيد قال رحمه الله (ويقتل الحر بالحر وبالعبد) وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضى مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة

لا ينفرد أحدهم به فان عفا أحدهم ينقلب حق الباقين مالا الى القيمة كما ينقلب فى الحر الى الدية اهـ وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخى فى مختصره وأجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا بقوله النفس بالنفس واختلفوا فى قتل الحر بالعبد وأجمع أصحابنا على قتل الحر بالعبد لعموم قوله النفس بالنفس ولقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القود الى هنا لفظ الكرخى اهـ اتقانى (قوله وقال الشافعى) أى ومالك وأحمد بن حنبل اهـ اتقانى * فرع قال فى المنار والقصاص لا يضمن بقتل القاتل قال ابن فرشتا يعنى من قتل من عليه القصاص لا يضمن لمن له القصاص عندنا ويضمن عند الشافعى اهـ قال فى شرح المغنى للسراج وانما قيد بان قاتل القاتل لا يضمن لولى القتيل لانه يضمن لولى القاتل الدية ان خطأ ويقتص منه ان كان عمدا كذا فى الكافى للحاكم الشهيد اهـ (قوله ولانهما مستويان فى العصمة) لان للعبد نفسا معصومة على سبيل الكمال اهـ

(قوله حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج) أى والبصير بالاعمى والعالم بالجاهل والشريف بالخامل اه اتقانى (قوله

أمارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ فلا مساواة بينهما ولان الحرية حياة والرق موت حكما ألا ترى أنه ينسب الى معتقه بالولاء حتى يرثه لانه أحياه به ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع أن الطرف أهون وأقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلأن لا يجب فى النفس وهى أعظم حرمة أولى بخلاف العكس لانه تفاوت الى نقصان فلا يمتنع كما فى المسلم والمستأمن ولان الرق أثر الكفر فيوجب شبهة الاباحة كحقيقة الكفر فصار كالمستأمن ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا يعارض بما تلا لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا تنافى مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقى ألا ترى أنه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع من ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضا وفى مقابلة الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والامة وفائدة هذه المقابلة فى الاية على ما قال ابن عباس رضى الله عنهما كانت بين بنى النضير وبنى قريظة مقاتلة فكانت بنو قريظة أقل منهم عددا وكانت بنو النضير أشرف عندهم فتواضعوا على أن العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فأنزل الله تعالى الاية ردا عليهم وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما مستويان فى العصمة اذ هى بالدين عنده وبالدار عندنا وهى المعتبرة فيجرى القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة فى غير العصمة لما جرى القصاص بين الذكر والانثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمى ولم يدخل فى الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذا عجزه وموته وبقاء أثر كفره حكمى فلا يؤثر ذلك فى سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان بعد المساواة فى العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفى النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد الا فى العصمة فأظهرنا أثر الرق فيما دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمى مكلف خلق معصوما قال رحمه الله (والمسلم بالذمى) وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل به لما روى الشعبى عن جحيفة قال سألت عليا رضى الله تعالى عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن وما فى هذه الصحيفة قلت وما فى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وأن لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس بن عباد قال انطلقت أنا والاشتر الى على فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان فى كتابى هذا فأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده الحديث ولانه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ولان الكفر يوجب النقصان والكافر كالميت قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحى من كل وجه بخلاف ما اذا قتل ذمى ذميا ثم أسلم القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة وقت القتل وهو المعتبر ولان الكفر مبيح للقتل فى الجملة فأورث شبهة كالملك مبيح للوطء فى الجملة ثم هو يورث شبهة فى الاخت من الرضاع حتى لا يحد اذا وطئها بملك اليمين ولنا ما تلونا من الكتاب وما روينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن البيلمانى ومحمد بن المنكدر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من

فى المتن والمسلم بالذمى) قال الكرخى فى مختصره وأجمع أصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمى الذى يؤدى الجزية وتجرى عليه أحكام المسلمين وانه لا يقتل مسلم بكافر غير ذمى وان كان مستأمنا فى دار الاسلام وله عهد أو ميثاق وهو باق على حكم دار الحرب لا تجرى عليه أحكام المسلمين الى هنا لفظ الكرخى وقال مالك والشافعى وأحمد لا يقتل مسلم بكافر اه اتقانى (قوله لما روى الشعبى عن جحيفة) كذا هو فى نسخة قارئ الهداية وكذا هو فى النسخة التى بخط شمس الدين الزراتيتى المقابلة على نسخة الشارح وصوابه عن أبى جحيفة وقد ذكره على وفق الصواب الاتقانى وأبو جحيفة هذا هو وهب بن عبد الله السوائى ذكره مسلم فى الكنى وذكره بكنيته الامام أبو جعفر الطحاوى فى شرح الآثار وقد قلد العينى الشارح فقال لما روى الشعبى عن جحيفة والصواب كما ذكرنا عن أبى جحيفة وفى صحيح البخارى عن أبى جحيفة قال سألت عليا هل عندكم شئ مما ليس فى القرآن فقال العقل وفكاك الاسير وأن لا يقتل مسلم بكافر اه فتنبه (قوله وعن قيس بن عباد) بضم أوله وتخفيف الباء الموحدة القيسى الضبعى اه اصابة (قوله حيث يقتل به) أى بالاجماع كما سيجئ فى الصفحة الآتية اه

المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته ولان القصاص
يعتمد المساواة فى العصمة على ما بينا فى العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف لان شرط
التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع أسباب الهلاك عنه وذلك بان
يكون محرم التعرض ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب ألا ترى أن من لا يقاتل منهم
لا يحل قتله كالشيخ الفانى والذرارى وقد اندفع القتل عنهم بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل
الذمى بالذمى ولو كان فى عصمته خلل لما قتل الذمى بالذمى كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال على
رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وذلك بأن تكون معصومة
بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى ولو كان فى عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع فى سرقة
مال المستأمن لان المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل
بقتله لان أمر النفس أعظم من المال ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه و يقتل بقتل مولاه لما
ذكرنا والذى يدلك على ما قلنا أن الذمى لو قتل ذميا ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به بالاجماع وهذا
قتل مسلم بكافر فلولا أن المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمى ابتداء لما دام الوجوب لان حالة البقاء فى مثل
هذا معتبرة بالابتداء تعظيما لأمر الدم ألا ترى أن مسلما لو جرح مسلما فارتد المجروح والعياذ بالله ثم مات
من الجرح سقط القصاص وبعكسه لو جرح مرتد مرتدا ثم أسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا
ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده أى بكافر حربى ولهذا عطف
ذو العهد وهو الذمى على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربى لان الذمى اذا قتل ذميا قتل
به فعلم أن المراد به الحربى اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمى ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا أى لا يحل قتله
فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين أحدهما أن ذو عهد مفرد وقد عطف على الجملة
فيأخذ الحكم منها الا ان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو
و يقال قتل زيد بعمرو وخالد أى كلاهما قام أو قتل ولا يجوز أن يقدر له خبر آخر والثانى أن المعنى يأبى
ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف
اذ لا يجوز ذلك البتة فى المفرد ولا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا بذى عهد أى لا يقتل بكافر حربى
ولا بذمى لانا نقول لو أريد ذلك المعنى لكان لحنا اذ لا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا نجوز نسبته الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه أفصح العرب ولا يقال روى ذى عهد بالجر فى بعض طرقه فيكون
معطوفا على الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك هو جر للمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه فى
الحكم ومثله جائز قال الله سبحانه وتعالى وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين بالجر للمجاورة وان لم
يشاركه فى الحكم فحملناه عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز وكذا الحديث الاول المراد به الكافر
الحربى والدليل عليه أن عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه قال حين قتل عمر مررت على أبى
لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما بغتهم ثاروا فسقط من بينهم خنجر له رأسان ممسكه فى وسطه فانطلق عبيد الله
ابن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان فلما خرج اليه قال انطلق حتى
ننظر الى فرس لى ثم تأخر عنه حتى اذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد مس السيف قال لا اله الا الله
قال عبيد الله ثم دعوت جفينة وكان نصرانيا فلما خرج الى علوته بالسيف فصلب بين عينيه ثم انطلق
عبيد الله فقتل ابنة أبى لؤلؤة صغيرة فلما استخلف عثمان رضى الله عنه دعا المهاجرين والانصار فقال
أشيروا الى فى قتل هذا الرجل فتق فى الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون والانصار فيه على كلمة واحدة
يأمرونه بالشدة عليه و يحثونه على قتله وقال عمرو بن العاص رضى الله عنه لعثمان لقد عفاك الله من
أن يكون بعدما بويعت وانما كان ذلك قبل أن يكون لك على الناس سلطان فأعرض عنه وتفرق
الناس على خطبة عمرو بن العاص والهرمزان وجفينة كانا كافرين وأشار المهاجرون على قتل عبيد الله

(قوله فقال انا أولى من وفى بذمته) قال فى الفائق التكافؤ التساوى أى تساوى فى القصاص والديات لا فضل فيها لشريف على وضيع والذمة الامان ومنها سمى المعاهد ذميا لانه أومن على ماله ودمه بالجزية أى اذا أعطى أدنى رجل منهم أمانا فليس للباقين اخفاره اه اتقانى (قوله أشيروا الى فى قتل هذا الرجل) يعنى عبيد الله بن عمر اه (قوله فتق فى الدين) لفظة فى ليست فى خط الشارح فليراجع الحديث اه (قوله ما فتق) فتق الدين ما فتق اه من الشارح (قوله وانما كان ذلك) أى قتل الهرمزان وجفينة وابنة أبى لؤلؤة اه

بهما فحال أن يريد النبي صلى الله عليه وسلم بالكافر الذمي ثم يشير المهاجرون على قتل عبيد الله بالذمي وعلى فيهم وهو الراوي لهذا الحديث فثبت بذلك أن المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان أراد قتله ببنت أبي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان لانا نقول لو أراد ذلك لبينه أنه يقتله بها لا بهما لان الناس كانوا يقولون بين يديه أبعدهما الله فمحال أن لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه فثبت بهذا أن المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة في العصمة وقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة أي في الفوز يدل عليه قوله تعالى أصحاب الجنة هم الفائزون ولا يلزم منه عدم الاستواء في العصمة لان مثل هذا الكلام لا عموم له ألا ترى الى قوله تعالى لا يستوي الاعمى والبصير أن المنفي الاستواء في العمى والبصر لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالجهل والفسق والانوثة ولا نسلم أن كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك في الاخت من الرضاع فانه مبيح للوطء وانما امتنع في الاخت المذكورة بعارض فأورث شبهة قال رحمه الله (ولا يقتلان بمستأمن) أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بامان لان دمه غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال رحمه الله (والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى وبالزمن وناقص الاطراف وبالمجنون) يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر الخ لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وانما يجري القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيما هي المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهر الفتن والتفاني قال رحمه الله (والولد بالوالد) لما تلونا وروينا من العمومات ولما ذكرنا من المعاني قال رحمه الله (ولا يقتل الرجل بالولد) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب ابنه لانه تسبب لاحيائه فمن المحال أن يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الابن بنائبه قال رحمه الله (والام والجد والجدة كالاب) سواء كانوا من جهة الاب أو من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة وكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك رحمه الله ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الاب أغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يحد كمن زنى بالاجنبية والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى وليس هذا كالزنا بابنته لان الاب لوفور شفقته يتجنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أنه يقصد قتل ولده فان وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا تتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى أن السفر لما كان فيه المشقة غالبا كان له أن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا قال رحمه الله (وبعبده ومدبره ومكاتبه وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه) لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره ولا يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه على ما بينا والقصاص لا يتجزأ فاذا سقط في البعض لاجل أنه ملك البعض سقط في الكل لعدم التجزي قال رحمه الله (وأن ورث قصاصا على

(قوله لان دمه غير محقون على التأبيد) قال الاتقاني ألا ترى أن المدة اذا مضت أخرجناه ولا نمكنه من المقام بعد ذلك واذا وصل الى مأمنه صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التأبيد والمعتبر في القصاص التساوي في حقن الدم ولم يوجد اهـ

(قوله في المتن ولا يقتل الرجل بالولد) قال الكرخي في مختصره وأجمع أصحابنا أنه لا يقتل والد بولده وان سفل ولا جد من قبل الرجال ولا من قبل النساء وان علا بولد الولد وان سفل ولا والدة بولدها ولا جدة من قبل الاب ولا من قبل الام علت أو سفلت ويقتل الولد بالوالد وقتل الولد بالوالد اجماع الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال محمد في كتاب الآثار من قتل ابنه عمدا لم يقتل به ولكن الدية في ماله الى ثلاث سنين يؤدي في كل سنة الثلث من الدية ولا يرث من والديه ولا من مال ابنه شيأ ويرث أقرب الناس من الابن بعد الاب ولا يحجب الاب عن الميراث أحدا وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو قول أبي حنيفة الى هنا لفظ كتاب الآثار اهـ اتقاني وارجع الى الحاشية التي في أول الباب على قوله في المتن يجب القصاص الخ اهـ وقال في المجمع ولا والد وان علا بولده وان سفل ولم يقتصوا منه لو ذبحه ونوجب الدية في ماله في ثلاث سنين لا في الحال اهـ وسيأتي في المتن في الديات ما نصه وكل عمد سقط قوده بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته في مال القاتل اهـ (قوله في المتن

وبعبده ومدبره ومكاتبه) وأما المدبر والمكاتب فملكه باق فيه فصار كالعبد اهـ اتقاني (قوله ولانه لو وجب القصاص لوجب له) أي للمولى اهـ (قوله سقط في الكل لعدم التجزي) أي كالدم اذا كان بين شريكين فعفا أحدهما اهـ

أبيه سقط) لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب أخا امرأته ثم ماتت المرأة قبل أن يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذى لها على أبيه فسقط لما ذكرنا وكذا اذا قتل امرأته ليس لابنه منها أن يقتله فيسقط القصاص قال رحمه الله (وانما يقتص بالسيف) وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فى مثل تلك المرة ان قتله بفعل مشروع ثم ان مات بذلك فيها وان لم يمت حز رقبته لان المعتبر فى القصاص المساواة ولهذا سمى قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواط وسقى الخمر اختلف مشايخهم فيه فقال بعضهم يتخذله مثل آلته من الخشب فى اللواطة ويفعل به مثل ما فعل ويسقى الماء فى سقى الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات والا حز رقبته لانه أمكن المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم تحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لانه مشروع ألا ترى أن الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار وهو بالسيف ونحوه واستدل على ذلك بما روى عن أنس رضى الله عنه أن يهوديا رضخ رأس صبى بين حجرين فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرضخ رأسه بين حجرين ولقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولان فيه تحقيق القصاص الذى ينبئ عن المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة ذاتا ووصفا ولنا ما رواه سفيان الثورى باسناده عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف فانه يجب اذا قتل بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل واجب فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا بما لا يتخلف عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية وهى موهومة فلا يكون مشروعا ولانه مثلة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه السلام ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحدّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بأن يحسنوا القتلة وأن يريحوا ما أحل الله ذبحه من الانعام فما ظنك بالآدمى المكرم المحترم ولان جابرا رضى الله عنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ ولو كان يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستيناء معنى لانه يجب القطع برئ أو سرى فلما ثبت الاستيناء لينظر ما تؤل اليه الجناية علم أن المعتبر هو ما تؤل اليه الجناية ان سرت صارت قتلا ولا يعتبر الطرف معه فيستوفى القصاص عن النفس فقط كما قلنا فيما اذا كانت الجناية خطأ فانه يستأنى ولا يقضى بشئ فى الحال ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الاطراف تبعا لها فهذا يكشف لك ما ذكرنا من المعنى وما رواه يحتمل وجهين اما أن يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودى ساعيا فى الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون أردع وهذا هو الظاهر ولان قصد اليهودى كان أخذ المال ألا ترى الى ما روى فى الخبر عن أنس بن مالك رضى الله عنه انه قال عدا يهودى على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها الحديث وهذا شأن قطاع الطريق وهو يقتل بأى شئ شاء الامام ويؤيد هذا المعنى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودى بخلاف ما كان قتل به الجارية فانه روى أبو قلابة عن أنس أن رجلا من اليهود رضخ رأس جارية على حلى لها فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم أن يرجم حتى قتل وأيضا فانه ما قتل الا بقول الجارية انه قتلنى ومثله لا يجب القصاص فعلم بذلك أنه كان مشهورا بالسعى فى الارض بالفساد والمراد بما تلا نفى الزيادة من جهة على ما روى عن ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم انه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فأنزل الله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم الآية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فصبر وكفر عن يمينه وهذه مثلة أيضا وهى أيضا منسوخة قال رحمه الله (مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص) أما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما وعند محمد رحمه الله لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق هنا قد اختلف على التقديرين

(قوله وعند محمد لا يجب القصاص) ذكر فى شرح الاقطع قول زفر كقول محمد اه غاية

لان المولى يستحقه بالولاء ان مات حرا و بالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره بعتنى هذه الجارية بكذا او قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم والحكم أيضا متحد معلوم فلا يفضى اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدرى بأيهما يحكم فلا يثبت الحكم بدون تعين السبب وأما الثانى وهو ما اذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة لموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق فى البعض لا ينفسخ بموته عاجزا ولان الاختلاف فى أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وقوله أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث أيضا الحكم كذلك لموته رقيقا أو ذكر ذلك لينبه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسئلة الاولى قال رحمه الله (وان ترك وفاء و وارثا لا) أى لا يقتص وهذا بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت فالقصاص للمولى قال رحمه الله (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من ابطال حق المرتهن فى الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن فى الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يتصرف تصرفا يؤدى الى بطلان حق الغير وذكر فى العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا جعلاه كالمكاتب الذى ترك وفاء و وارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولا ولاء فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وان قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشترى ان أجاز البيع لانه المالك وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر أنه المالك وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كذلك ان أجاز البيع لما بينا وان فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد رحمه الله تجب القيمة فى الوجهين لاشتباه المستحق قال رحمه الله (ولابى المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه) أى اذا قتل ولى المعتوه فلابيه أن يقتل قصاصا وله أن يصالح على مال وليس له أن يعفو أما القتل فلان القصاص شرع للتشفى ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس ولابيه ولاية على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ وأمثاله حيث لا يكون لهم

(قوله فلا يفضى اختلاف السبب الى المنازعة) أى كما اذا قال لك على ألف من ثمن مبيع وقال المقر له لا من قرض يجب الالف على المقر اه اتقانى (قوله فلا يثبت الحكم بدون تعين الثمن) يعنى أن الحكم فى تلك المسئلة ليس بمتحد لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح لان الحل فى النكاح مقصود وفى ملك اليمين تبع لا مقصود فلما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل اه اتقانى (قوله وهذا بالاجماع) أى باجماع علمائنا خلافا للائمة الثلاثة اه وكتب ما نصه لان الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما تغير المستحق صار شبهة فى سقوط القصاص اه اتقانى (قوله كما قال زيد بن ثابت فالقصاص الخ) فاختلاف الصحابة أورث شبهة فى القصاص اه اتقانى (قوله فى المتن لا العفو بقتل وليه) أراد بولى المعتوه قريبه كما اذا كان له ابن مثلا وصورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله فى المعتوه يكون له أب فيقتل رجل ولى المعتوه عمدا قال للاب أن يقتل وأن يصالح وليس له أن يعفو وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا وكذلك الوصى فى هذا كله الا القتل فانه ليس له أن يقتل الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوى وحاصل هذا الفصل أن الروايات اتفقت فى الاب أن يستوفى القصاص فى النفس وما دونها وأنه يصالح فى البابين جميعا ولا يصح عفوه فى البابين جميعا واتفقت الروايات فى الوصى أنه لا يملك استيفاء النفس وأنه يملك استيفاء ما دونها وأنه يملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو فى البابين وانما اختلفت الروايات فى الوصى فى فصل واحد وهو صلحه فى النفس على مال فقال ههنا أى فى الجامع الصغير يصح صلحه وقال فى كتاب الصلح لا يصح اه اتقانى (قوله فيليه كالانكاح) قال الاتقانى رحمه الله قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك ملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره اه قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت وللاتقانى فى شرح الهداية ههنا اعتراض وهو وهم منه

(قوله هذا اذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه) قال الاتقانى قال بعضهم فى شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد فى الجامع الصغير مطلق حيث قال وصلح أبى المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغى أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع من المعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع ألا ترى أن الكرخى قال فى مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص فى نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر وهو حال فى مال الجانى ولا يكون ذلك على عاقلته الى هنا لفظ الكرخى اه ما قاله الاتقانى وقد كتب قارئ الهداية على هامش الزيلعى حاشية عند قوله وان صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة ونص الحاشية وكذا اعتراض الاتقانى هنا فى شرح الهداية وهم أيضا اه (قوله والقاضى بمنزلة الاب فيه) فى الصحيح علله الاستيفاء فى النفس وفيما دون النفس لان له ولاية فى النفس والمال جميعا ألا ترى أن أصحابنا قالوا فى رجل قتل عمدا ولا ولى له أن للسلطان أن يقتل قاتله وله أن يصالح وكذلك اذا قتل اللقيط فى قول أبى حنيفة ومحمد قال الفقيه أبو الليث هذا اذا أدرك معتوها وأما اذا أدرك عاقلا ثم لحقه العته ففى قول زفر لا ولاية للوصى فى ماله ولا فى نفسه وفى قول أبى يوسف حكمه وحكم الذى أدرك معتوها سواء اه اتقانى (قوله فى المتن والوصى يصالح فقط) تقدم أن الاب يصالح عنه وهو النفس أما استيفاء الاب القصاص فى الطرف والصلح عنه فان المصنف لم يذكره فى الكنز ولكنه ذكره فى الوافى فقال فيه ما نصه لابى المعتوه قود وصلح لا عفو بقتل وليه وقطع المعتوه ولم يذكر فيه حكم الوصى وذكره فى شرحه الكافى فقال وكذلك الوصى بمنزلة الاب فى جميع ما ذكرنا الا القتل فانه ليس له أن يقتل لانه من باب الولاية على النفس وليس له الولاية على نفسه ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف فانه لم يستثن الا القتل اه قلت ويندرج تحت الاطلاق أيضا الصلح عن الطرف ولعله انما سكت عنه لظهوره ولما كان المصنف فى الكنز اقتصر على استيفاء الاب القصاص فى النفس والصلح عنها ولم يذكر استيفاء الاب الطرف والصلح عنه ذكر ذلك الشارح بقوله وكذلك ان قطعت يد المعتوه لما بينا ثم ذكر بعده قوله والوصى كالاب فى جميع ما ذكرنا الا فى القتل الخ تبعا لصاحب الكافى واعلم أن المراد من قول الشارح ويدخل تحت هذا الاطلاق هو قوله والوصى كالاب فى جميع ما ذكرنا ولا يصح أن يراد منه اطلاق المصنف فان استيفاء الاب الطرف والصلح عنه لم يذكر فى الكنز كما قدمنا وينبغى أن يقرأ قول الشارح اذ لم يستثن بالبناء للمفعول لا للبناء للفاعل لانه حينئذ يوهم أن يعود الضمير فى يستثن على المصنف وهو لم يذكر هذا الاستثناء فى الكنز ولا فى أصله الوافى نعم هو مذكور فى الجامع الصغير للامام محمد وكان البدر العينى فهم من قول الشارح ويدخل تحت هذا الاطلاق أن المراد اطلاق المصنف فى الكنز فقال ثم اطلاق قوله يشمل الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف اه وقد علمت غير مرة أن الكنز لم يذكر فيه استيفاء الطرف فلا وجه لما قاله العينى من الشمول فتنبه هذا ما ظهر لكاتبه اه

ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل التشفى الحاصل له كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ والعم وأما الصلح فلانه أنفع له من القود فلما ملك القود كان الصلح بالطريق الاولى هذا اذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه وان صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة وأما العفو فلانه ابطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا والوصى كالاب فى جميع ما ذكرنا الا فى القتل فانه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف اذ لم يستثن الا القود فى النفس وذكر فى كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح فى النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء ووجه المذكور هنا وهو المذكور فى الجامع الصغير أن المقصود من الصلح المال والوصى يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال بل أولى وقالوا القياس أن لا يملك الوصى التصرف فى الطرف كما لا يملكه فى النفس لان المقصود متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضى بمنزلة الاب فيه فى الصحيح ألا ترى أن من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه وهذا لا ولى له والصبى كالمعتوه فيه لما عرف فى موضعه قال رحمه الله (والقاضى كالاب والوصى يصالح فقط والصبى كالمعتوه) وقد بينا ذلك كله فى أثناء الكلام قال رحمه الله (وللكبار القود قبل كبر الصغار) يعنى اذا كان القصاص مشتركا بين الصغار والكبار بان قتل لهم ولى جاز للكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لانه مشترك بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى

(قوله وان بطل بذلك حقه) أى حق الصغير اه (قوله ولابى حنيفة ما روى أن عبد الرحمن الخ) روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال فى وصيته أما أنت يا حسن فان شئت أن تعفو فاعف وان شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات على قتل به وفى ورثة على صغار منهم العباس بن على وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة من غير نكير كذا فى الاسرار وقال محمد بن سعد فى كتاب الطبقات الكبير والعباس بن على يومئذ صغير فلم يستأن به بلوغه اه اتقانى (قوله فعلى الخلاف) يعنى عند أبى حنيفة للكبير الاستيفاء وعندهما لا حتى يبلغ الصغير (قوله فى المتن وان قتله بمر) قال فى الهداية ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه الحديد قتل وان أصابه العود فعليه الدية قال الاتقانى أى قال فى الجامع الصغير قال فخر الاسلام وهذه بعينها من الخواص أطلق الرواية فى الجامع الصغير ولم يفصل فان أصابه بحد الحديد فعليه القصاص عندهم

جميعا لوجود القتل على وجه الكمال وان أصابه بعرض الحديد فقتله دقا يجب عليه القصاص عند أبى حنيفة فى ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة الكمال نظرا الى الآلة لان الحديد سلاح كله حده وعرضه فى ذلك سواء وهو سلاح كله فى العادة والشريعة فى الدنيا والآخرة قال تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد وقال تعالى ولهم مقامع من حديد وروى الطحاوى أنه يعتبر الجرح ان قتله جرحا بأى آلة كانت يجب القصاص سواء كانت حديدا أولم تكن بعد أن تكون آلة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه بتخريب الحياة ظاهرا وباطنا بصفة التعمد وان قتله دقا لا قصاص عليه سواء كانت الآلة حديدا أولم تكن لعدم افساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة الكمال قال الصدر الشهيد وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين أيضا ثم قال والاصح عنده الجرح أى عند أبى حنيفة فان أصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان كان عظيما لا يلبث كان كالسيف عند أبى يوسف ومحمد وعند أبى حنيفة هو كالسوط والمسئلة معروفة احتجا بأن ما لا يلبث يعمل عمل السيف وزيادة فوجب أن يلحق به واحتج أبو حنيفة بأن هذا قتل تمكنت فيه شبهة الخطا فلا يجب القود كالقتل بالسوط الصغير لان الآلة غير موضوعة للقتل ولانه يؤثر فى الباطن دون الظاهر فيصير عند المقابلة بمثاله أثر بينهما ناقصا اه ما قاله الاتقانى رحمه الله وكتب ما نصه قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يغرق الصبى والرجل فى البحر قال لا قصاص عليه وقال يعقوب ومحمد عليه القصاص وقول الشافعى كقولهما ولكن عند الشافعى يقتص منه بالتغريق وعندهما بالسيف (قوله وان أصابه بظهرها) فان جرحه فكذلك اجماعا وان لم يجرحه فكذلك على رواية الاصل لاعتباره الحديد دون الجرح وعلى رواية الطحاوى لا قود فيه عند أبى حنيفة اه زاهدى

التجزى ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين التأخير الى ادراكهم كما اذا كان معهم كبير غائب أو كان بين المولين وأحدهما صغير بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث يصح وان بطل بذلك حقه فى القصاص لان بطلانه بعوض فيجعل كلا بطلان ولابى حنيفة رحمه الله ما روى أن عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضى الله عنه قتل به وقد كان فى أولاد على رضى الله عنهم صغار ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزأ لان سببه وهو القرابة لا تتجزأ فثبت لكل واحد منهم كملا كما فى ولاية الانكاح ولهذا لو استوفاه بعض الاولياء لا يضمن شيأ للقاتل ولو لم يكن له قتله لضمن كالاجنبى وكذا الباقين وكذا للصغار فى مسئلتنا بخلاف ما اذا كان معهم كبير غائب لانه انما لا يستوفيه بعضهم فيه مع غيبة شريكه الكبير لاحتمال العفو من الغائب وفى الصغار احتمال العفو منقطع فى الحال فافترقا وبخلاف ما اذا كان بين المولين وأحدهما صغير لان السبب فيهما الملك أو الولاء وهو غير متكامل وفى مسئلتنا السبب القرابة وهى متكاملة ولهذا لا يزوج أحد المولين الامة المشتركة بينهما أو المعتقة بينهما وفى القرابة يزوج فيجعل كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان الكبير وليا للصغير ممن له التصرف فى ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير قبل أن يبلغ الصغير باجماع أصحابنا سواء كانت الولاية لهما بالملك أو بالقرابة وان كان وليا للصغير لا يقدر على التصرف فى المال كالاخ والعم فعلى الخلاف فان كان الكبير أجنبيا عن الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء بالاجماع حتى يبلغ الصغير وعند الشافعى رحمه الله لا يملك الكبير الاستيفاء فى الكل قال رحمه الله (وان قتله بمر يقتص ان أصابه الحديد والا كالخنق والتغريق) هذا اذا أصابه بحد الحديدة من غير خلاف وان أصابه بظهرها أو بالعود أو بالخنق أو بالتغريق فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى أول الكتاب وقد ذكرنا الدلائل من الجانبين هنالك فلا نعيده قال رحمه الله (ومن جرح رجلا عمدا وصار ذا فراش ومات يقتص) لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه قال رحمه الله (وان مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا فى الدنيا معتبرا فى الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر فى الدنيا والآخرة فصار ثلاثة أجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا وهدر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون التالف بفعل كل واحد ثلاثة فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان

(قوله في المتن ومن شهر على المسلمين سيفا الخ) قال الاتقاني صورتها في أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شيء عليهم وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حربا عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمة دمه بالمحاربة قال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السيف أن يقتلوه وفي قوله عليهم أن يقتلوه اشارة الى أنه وجب

عليهم أن يقتلوه دفعا للشر عن أنفسهم لان دفع الشر واجب و جاز لغيرهم أن يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك ظالما أو مظلوما يعني اذا كان ظالما تمنعه من الظلم واذا كان مظلوما تمنع الظلم عنه اه (قوله لان السلاح لا يلبث) من اللبث الابطاء والتأخر اه ابن الاثير (قوله في المتن وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) هذه المسئلة ذكرها في المجمع قبيل الحظر والاباحة اه (قوله والمجنون بقتلهما) مصدر مضاف الى الفاعل اه (فرع) ومن تطرف في بيت انسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة ففقأ عينه يضمنها عندنا وعند الشافعي وأحمد لا يضمنها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح وعن سهل بن سفيان أن رجلا اطلع من جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يحك رأسه ومدراة في يده فقال عليه الصلاة والسلام لو علمت أنك تنظرني لطعنت بها في عينك شرعه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في العين نصف الدية وهو عام ولان مجرد النظر لا يبيح الجناية عليه كما لو نظر من الباب المفتوح وكما لو دخل في بيته ونظر فيه ونال من امرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه ولان (١)

كان فعل زيد عمدا تجب الدية عليه في ماله والا ففي العاقلة لما عرف في موضعه قال رحمه الله (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله) لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا يجب على القاتل شيء لانه صار باغيا بذلك وكذا اذا شهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شيء لما بينا ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصا فكذلك ان كان ليلا أو نهارا خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر وقيل اذا كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما فيجوز قتله في المصر نهارا كما في السيف قال رحمه الله (ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه) لما بينا من المنقول والمعقول قال رحمه الله (وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) لان العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه ليس كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه قال رحمه الله (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبي والدابة) وعن أبي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الضمان في الكل لانه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله بفعله بأن قال له اقتلني والا اقتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا فصار كالصيد اذا صال على المحرم فقتله ولابي يوسف رحمه الله أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا اذا أتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لانه غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لان العجماء جبار وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا العصمة فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد اذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لان الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى أن الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الايذاء منها فما ظنك عند تحقق الايذاء ومالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان به وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فيسقط به عصمته ولنا أن الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة فاذا لم يسقط كان قضيته أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال رحمه الله (ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل به القاتل) معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه به الشاهر فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع

(١) كذا بياض بالاصل اه مصححه

شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص قال رحمه الله (ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أى لاجل مالك ولان له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء اذا لم يقدر على أخذه منه الا به ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضى فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذى لا يندفع بالصياح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب القصاص فيما دون النفس ﴾

قال رحمه الله (يقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الانف والاذن والعين ان ذهب ضوؤها وهى قائمة وان قلعها لا والسن وان تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة) لقوله تعالى والجروح قصاص أى ذو قصاص ولقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبئ على المماثلة فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد أمكن فى هذه الاشياء التى ذكرها ولا معتبر بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت فى المنفعة ويمكن رعاية المماثلة فى العين اذا ضربت وذهب ضوؤها وهى قائمة بان تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتسد عينه الاخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله عنه فشاور الصحابة رضى الله عنهم فقال على يجب القصاص فبين امكان الاستيفاء بالطريق الذى ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر فى العضو حتى أجرى القصاص فى الكل باستيفاء الكل واعتبره بالشجة فى الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهى لا تستوعب رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التى لا تستوعب بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه قال رحمه الله (ولا قصاص فى عظم) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لا قصاص فى عظم الا فى السن وهو المراد بالحديث وبوضع صاحب الكتاب ولان القصاص ينبئ على المساواة وقد تعذر اعتبارها فى غير السن واختلف الاطباء فى السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم وكذلك فى الحديث لم يستثنه ولئن قلنا انه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع منه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا ذكره فى النهاية معزيا الى

ذكر القصاص فى النفس شرع فى القصاص فيما دونها لان الجزء يتبع الكل اه (قوله ومارن الانف) وانما قيد بالمارن لانه اذا قطع قصبة الانف لا يجب القصاص لانه عظم ولا قصاص فى العظم سوى السن اه اتقانى (قوله والاذن) وأما الاذن اذا قطع كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تنقبض ولا تنبسط وان قطع بعضها والقطع حد معروف أمكنت المماثلة فيجب القصاص وان لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكره القدورى فى شرحه اه اتقانى (قوله فشاور الصحابة) فلم يكن عندهم فيه شئ اه غاية (قوله لما بين قرنيه) أى قرنى المشجوج اه (قوله التى لا يستوعب بين قرنيه) أى قرنى الشاج اه (قوله وكذا منفعته لا تختلف) أى بالكبر والصغر اه (قوله فلعل صاحب الكتاب ترك السن) أى استثنى السن حيث لم يقل ولا قصاص فى عظم السن الا فى السن استثنا فى أثر عمر وابن مسعود السابق اه (قوله فربما تفسد لهاته) كذا هو فى نسخة قارئ الهداية ونسخة الزراتيتى المقابلة على خط الشارح وتبعه العينى فى شرحه اه وكتب على قوله لهاته ما نصه هكذا هو بخط الشارح اه وكتب أيضا ما نصه صوابه لثاته لان اللثة بالتخفيف كما قال فى الصحاح هى ما حول الاسنان وأصلها لثى والهاء عوض عن الياء وجمعها لثات ولثى اه وأما اللهاة فهى كما قال فى الصحاح اللهاة هى الهنة المطبقة فى أقصى سقف الفم والجمع اللهى واللهوات واللهيات أيضا اه وقال فى المغرب اللهاة لحمة مشرفة على الحلق ومنها قوله من تسحر بسويق لا بد أن يبقى بين أسنانه ولهاته شئ وكأنه تصحيف لثاته وهى لحمات أصول الاسنان اه قال ابن الاثير اللثة بالكسر والتخفيف عمور الاسنان وهى مغارزها ثم قال وفى حديث الشاة المسمومة فما زلت أعرفها فى لهوات رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهوات جمع لهاة وهى اللحمات فى سقف أقصى الفم اه

(قوله وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك الخ) فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما سلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن تعتبر فقلنا تعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا تعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف اهـ أكمل وقال الاتقاني فان قيل هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالاشل والحر بالعبد والذكر بالانثى فهلا أجزتم أن تقطع المرأة بالرجل والعبد بالحر كما يقطع الاشل بالصحيح قيل النقص على ضربين نقص من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفاء كل واحد من الامرين بالآخر كاليسار باليمين وما نحن فيه نقص من طريق الحكم اهـ (قوله الا في الحر يقطع طرف العبد) فانه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضا اهـ غاية (قوله وفي الجائفة البرء) قال الاتقاني وأما الجائفة وهي التي تصل الى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن اذا برأت لا يكون فيها القصاص لان الجائفة المقتص بها نادر برؤها اذ الهلاك فيها غالب فاذا أفضت الى الهلاك غالبا لا يمكن المماثلة بين الثانية والاولى لوجود البرء في الاولى دون الثانية فلا يجب القصاص لانتفاء شرط القصاص بل يجب ثلث الدية في ماله ولا تكون الجائفة الا فيما يصل الى البطن ولا تكون في الرقبة ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين فان كانت الجراحة في الانثيين والدبر فهي جائفة ذكره القدوري في شرحه اهـ (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص) وقد قالوا جميعا لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هنالك مفصل يوقع فيه القصاص فلا تعلم المماثلة اهـ غاية (قوله ولو سقطت يده المعيبة) أي بغير حق عليه مثل أن يقطعها رجل ظلما أو تتلف بآفة من السماء اهـ (قوله بطل حقه الخ) ولا يقال انه كان مخيرا بين أمرين فاذا فات أحدهما تعين الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له أن يعدل عن هذا الحق الى بدله فاذا تلف لم تجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الطحاوي اهـ اتقاني

الذخيرة والمبسوط قال رحمه الله (وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين) أي لا قصاص في الطرف بين رجل وامرأة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها للالحاق بالانفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الاطراف وما لا فلا ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بين طرف الذكر والانثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة وان تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرف الحرين لان استواءهما متيقن به بتقويم الشرع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال رحمه الله (وطرف الكافر والمسلم سيان) أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي رحمه الله لا يجري لما ذكرنا من أصله قال رحمه الله (وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر الا أن يقطع الحشفة) أي لا قصاص في هذه الاشياء لعدم امكان المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم وتتعذر التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الجائفة البرء نادر فلا يمكن أن يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فلا يكون اهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما الا أن يقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة والحجة عليهما ما بيناه ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر أو بعض اللسان لا يجب القصاص لجهالة مقداره بخلاف ما اذا قطع كل الاذن أو بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال رحمه الله (وخير بين الارش والقود ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر) أما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفاء حقه بكماله متعذر فيخير بين أن يتجوز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا لانسان فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه الا الردئ فانه يخير بين أن يأخذ الموجود ناقصا أو بين أن يعدل الى القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط في الزيادة وقال الشافعي رحمه الله يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا أن الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا تجوز بالردئ مكان الجيد ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شئ له عليه لان حقه متعين

متعين في القصاص عندنا لما مر أن موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال كما اذا
كانت صحيحة فاذا فات المحل بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه ارش اليد
وقال الشافعي رحمه الله يجب الارش في الموضعين لان وجوب المال عنده أصلي كالقود فاذا تعذر استيفاء
القود تعين المال ولنا أن القود هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص
في النفس غير أنه اذا قطعت يده بقصاص أو سرقة قد أوفى بها حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى فيغرم
للاول بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست في معنى
المال فلم يسلم له وأما الثاني وهو ما اذا كان رأس الشاج أكبر بأن كانت الشجة استوعبت بين قرني
المشجوج وهي لا تستوعب بين قرني الشاج فلأن الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد
الشين بزيادتها وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل و باستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من
الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما في الشلاء والصحيحة ثم لو اختار القود يبدأ من أي الجانبين شاء
لان حقه في ذلك المحل فكان له أن يفعل وفي عكسه وهو ما اذا كان رأس المشجوج أكبر يتخير أيضا
لتعذر الاستيفاء كملا لما فيه من زيادة الشين وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهة
أحدهما الى قفاه ولا تأخذ الى قفا الآخر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير
أن له الاقتصاص ولا خيار له لان في القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة في المحل فلا ينظر الى الصغر
والكبر كاليد وجوابه أن القصاص في الشجة لاجل الشين وهو يتفاوت في الصغر والكبر وفي قطع
اليد لفوات منفعة البطش وهي لا تتفاوت ولعل الصغيرة أنفع من الكبيرة فافترقا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (وان صولح على مال وجب حالا وسقط القود) أي اذا صولح القاتل على
مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفي
له من أخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الآية في الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام
من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا المال و بين أن يقتلوا والمراد والله أعلم أخذ المال
برضا القاتل على ما بينا ولانه حق ثابت له يجري فيه العفو مجانا فكذا تعويضا لاشتماله على الاوصاف
الجميلة من احسان الولي واحياء القاتل بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله تعالى ولا يجري
فيه العفو فكذا التعويض والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شيء مقدر فيفوض الى
اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من
الدية لانه دين ثابت في الذمة فيكون أخذ أكثر منه ربا وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل
في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد وانما سقط القود لانه موجب العقد ولانه
لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيوفر عليه مقصوده قال رحمه الله (و يتنصف ان أمر الحر القاتل
وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف ففعل) معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر القاتل
ومولى العبد القاتل رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالالف على الحر والمولى
نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فينقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب
بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف قال رحمه الله (فان صالح أحد الاولياء عن
حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية) لان كل واحد منهم متمكن من التصرف في نصيبه استيفاء
واسقاطا بالعفو أو بالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه في القصاص
ومن ضرورته سقوط حق الباقين أيضا فيه لانه لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف
ما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف
القتل والمقتول فبسقوط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى انهما يفترقان ثبوتا فكذا بقاء بخلاف ما نحن

(قوله يبدأ من أي الجانبين شاء) حتى يبلغ مقدارها في طولها الى حيث يبلغ ثم يكف اه غاية (قوله أن له الاقتصاص) الذي بخط الشارح انه له الاقتصاص اه

﴿فصل﴾ (قوله لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية) أي من جهة أخيه المقتول اه غاية (قوله على ما بينا) أي أول كتاب الجناية اه (قوله بخلاف ما اذا كان القتل خطأ الخ) اذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية واذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية نص عليه الكرخي في كتاب الصلح وقد مر بيانه في كتاب الصلح اه اتقاني (قوله لانه موجب) أي سقوط القود اه

فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى فى القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما فى الخطا فان سقوط القصاص فيه لمعنى فى القاتل وهو كونه مخطئا فلا يجب للعافى شئ لانه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة كلهم فى ذلك سواء وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا حق للزوجين فى القصاص ولا فى الدية لان الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن أبى ليلى رحمه الله لا يثبت حقهما فى القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى أن الوصى لا يثبت له حق فى القصاص لان المقصود من القصاص التشفى والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلى والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها أشيم ولان القصاص حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله أبنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى و بين ابن الابن فثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الارث أو يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح وكان على رضى الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث والدية حكمها حكم سائر الاموال فلهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلب مالا تقضى به ديونه وتنفذ فيه وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية و بهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الارث للقصاص ألا ترى أن الصغير والنساء من الاقارب لا يعقلن و يرثن القصاص والدية وأقرب منه أن المرأة لا يعقل عنها أبناؤها الكبار و يرثونها وقال الشافعى رحمه الله لا حظ للنساء من الاقارب فى استيفاء القصاص ولهن حق العفو لان المرأة ليست من أهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا توضع عليها الجزية الواجبة مكان القتل فصارت فى حق الاستيفاء كالصغير والحجة عليه ما بيناه وقوله لانها ليست من أهل القتل قلنا انها ان لم تقدر توكل فانها من أهل التوكيل قال رحمه الله (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس أن لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه باجماع الصحابة رضى الله عنهم وروى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضى الله عنه به وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجرى القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء ولولا ذلك للزم سد باب

(قوله فيجب المال فى الخطا الخ) وذلك لما روى أن دما بين شريكين عفا عنه أحدهما فاستشار عمر رضى الله عنه ابن مسعود فقال أرى هذا قد أحياه فلا يملك الآخر أن يميت ما أحياه فحمل عمر على قوله وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع اه اتقانى قال الاتقانى وهذا الذى ذكرنا من سقوط القصاص بعفو أحد شريكى الدم مذهبنا وقال مالك للآخر أن يقتله كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى لان حق القتل ثابت لكل واحد منهما على الكمال ولهذا لو قتله لم يضمن شيأ والحجة عليه قضية عمر وقد ذكر محمد قضيته فى كتاب الآثار عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقال فى شرح الكافى أيضا القصاص والدية تصير ميراثا للكل (١١٤) الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعا اه (قوله والورثة كلهم فى ذلك سواء) قال الاتقانى والاصل فى ذلك أن القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء والزوج والزوجة فى ذلك سواء نص عليه الكرخى فى مختصره وكذلك الدية موروثة بينهم وذلك لان القصاص أحد بدلى النفس فينقسم بين الورثة كالدية والدليل على أن الدية بين الورثة انه مال للميت تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه كسائر أمواله ثم اذا ثبت القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم أن يعفو عن نصيبه أو يصالح عنه و يبطل بذلك القصاص وكان على القاتل حق من لم يعف عن الدية وليس للعافى من الدية شئ اه (قوله وأمر صلى الله عليه وسلم بتوريث امرأة أشيم الضبابى) قال الاتقانى ولنا ما روى عن الضحاك بن سفيان الكلابى انه قال ورد علينا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها والحديث مشهور ومذكور فى الموطا وغيره وقال القدورى فى شرحه القصاص وعن على أنه قال الدية بين من أحرز الميراث ولانها مال للميت كسائر أمواله وقال القدورى فى شرحه قال أصحابنا فى دم عمد بين شريكين عفا أحدهما فللآخر نصف الدية فى مال القاتل فى ثلاث سنين وقال زفر فى سنتين لنا أنه جزء من الدية فيسقط فى السنين الثلاث كما لزم بعض العاقلة وجه قول زفر أن نصف الدية لم تلزم من أجزاء دية واجبة وانما هو جملة الواجب فصار كما يجب من نصف الدية بقطع اليد خطأ اه وكتب على قوله الضبابى ما نصه بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب ذكره ابن دريد فى جمهرة اللغة وأشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطأ اه اتقانى (قوله فى المتن ويقتل الجمع بالفرد) بشرط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحا ساريا اه خواهر زاده (قوله تمالأ) أصله المعاونة فى ملء اللوم ثم عم فقالوا تمالؤا أى تعاونوا اه اتقانى

القصاص وفتح باب التفاني اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والزاجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزأ واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كأنه ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح قال رحمه الله (والفرد بالجمع اكتفاء) أي يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفى بذلك وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده في تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وفي قول قتل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنا تركناه بما ذكرنا على ما بينا ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل ألا ترى أن الواجب في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا القصاص ولولا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحد الشيئين مثلا للآخر أن يكون الآخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له اذ هو لا يجب في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم أو يتوهم عدم المماثلة فيه كالجائفة فان الثاني لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص قال رحمه الله (فان حضر واحد قتل له وسقط حق البقية كموت القاتل) أي اذا حضر أولياء واحد من المقتولين قتل لهم وسقط حق أولياء بقية المقتولين كما يسقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الواجب عنده أحدهما على ما بينا فاذا مات أحدهما تعين الاخر كمن قال لامرأتيه احداكما طالق أو قال لعبديه أحدكما حر فمات أحدهما تعين الآخر لفوات المحل قال رحمه الله (ولا تقطع يدا رجلين بيد) معناه اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعي رحمه الله تقطع أيديهما والمفروض اذا أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فأخذت حكمها بخلاف ما اذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض والاثنتان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا أمر كل واحد من جانب بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير وفي الطرف تعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمفلوج والمشلول فكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزأ ألا ترى انه يمكن أن يقطع البعض ويترك الباقي وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه والآخر على حلقه حتى التقيا في الوسط ومات منهما يجب القصاص وفي اليد لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث لا في القطع لانه يحتاج الى مقدمات بطيئة يلحقه الغوث بسببها كالشد أو نقول ثبت وجوب القصاص في النفس بالاثر والاجماع على خلاف القياس

(قوله وفي قول قتل لهسم جميعا) قال الامام علاء الدين في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم الواحد يقتل بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفاء وقال الشافعي لا يقتل اكتفاء غير أنه ان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء وتجب ديات الباقين وان قتلهم على المقارنة له فيه قولان في قول يقتل بالواحد غير عين وتجب ديات الباقين مشتركة بينهم وفي قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته وتجب الديات للباقين الى هنا لفظ الطريقة اه اتقاني (قوله ولنا أن كل واحد منهم) أي من الاولياء اه ﴿فرع﴾ فان قلت فما الجواب عن أن اليد الواحدة لا تقطع بالايدي اكتفاء بل تقطع بواحدة منها وينتقل حق الباقين الى المال قلت الطرف متبعض يسلك به مسلك الاموال فاذا اجتمعوا على استيفائه صار كل واحد منهم مستوفيا لجزء حقه وينتقل في الباقي الى المال كما لو أتلف عليهم عشرة أقفزة فوجدوا قفيزا واحدا فانهم يقتسمونه وينتقلون في الباقي الى المال لانه متبعض والقصاص ليس بمتبعض فثبت لكل واحد منهم كملا فظهر الفرق بين قطع اليد وحز الرقبة اه اتقاني (قوله ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض) ولما أن الحاصل من الجماعة يستدعي التجزي لان كل واحد منهم حصل منه بعض القطع وانما قلنا انه يستدعي التجزي لان المحل وهو اليد يقبل التجزي فاذا حصل من كل واحد منهم بعض القطع لم يجز اضافة القطع الى كل واحد منهم كملا فلم يجز قطع الايدي باليد الواحدة لعدم المماثلة بخلاف قتل الانفس بالنفس الواحدة لان قتل النفس يضاف الى كل واحد منهم كملا فجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال فحصل المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة والاعتداء مقيد بالمماثلة قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال تعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها وقطع اليد متجزئ فلا تجوز المماثلة بين الايدي واليد الواحدة لان اليد نصفا وربعا وثمنا ونحو ذلك اه اتقاني

والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها قال رحمه الله (وضمنا ديتها) أى ضمن القاطعان دية المقطوعة لان
التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما لان العاقلة
لا تحمل العمد قال رحمه الله (وان قطع واحد يمينى رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية) يعنى اذا حضرا
معا سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب وقال الشافعى رحمه الله ان قطعهما على التعاقب يقطع
للاول منهما او يغرم أرش اليد للثانى لان يده صارت مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها الثانى بالقطع فصار
كما اذا رهن شيأ من انسان ثم رهنه من آخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون
القصاص لمن خرجت له القرعه والارش للآخر لان اليد الواحدة لا تفى بالحقين وليس أحدهما أولى بها
من الآخر فوجب المصير الى القرعة ولنا أن المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق
ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر
السبب فى حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى
ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا فى استحقاق رقبته ولو كان يمتنع بالاول لما شاركه الثانى بخلاف
الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثانى بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت
فى المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصما فيه اذا استهلك ويقبض بدله فيكون رهنا مكانه ولا كذلك
المقطوع يده فانه لم يثبت حقه فى المحل وانما ثبت له حق التصرف فيه تصرفا يفضى الى قطع اليد والمحل
خال عن حقه كما فى القصاص فى النفس ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشئ ولو كان حقه ثابتا
فيها لطالبه به كالمرتهن فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثانى فيها استويا فيها فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم
الاولوية ويقضى لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص فى النفس
حيث يكتفى فيه بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم قال رحمه الله (فان حضر
واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الديه) لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير حتى
يحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا فصار
كأحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة فى الكل لما قلنا ثم اذا حضر الآخر
بعد ما قطعت يده للحاضر وطلب يقضى له بالدية لان يده أوفى بها حقا مستحقا عليه فيضمنها السلامتها له
ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند أبى حنيفة وأبى يوسف
رحمهما الله وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضى بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد
منهما الى البعض فاذا عفا أحدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل ولهما أن الامضاء من القضاء
فى العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص
لذهاب اليد التى فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها أجنبى أو سقطت بآفة سماوية
ولهما نصف الدية على حاله لانها واجبة قبل قطعها فلا تسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان
شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل فى قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع
كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان
المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه فى القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع
من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء أخذ الارش لما ذكرنا قال رحمه الله (وان أقر عبد
بقتل عمد يقتص به) وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل
خطأ أو بالمال ولنا أن العبد غير متهم فى مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد مبقى على أصل
الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية ألا ترى أن اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح
لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شئ يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف

(قوله والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها) قال فى المستصفى والجواب عن قوله كما تقتل الانفس بنفس واحدة ان نقول القياس كذلك لكن تركناه بالاثر والمخصوص عن القياس لا يلحق به الا ما كان فى معناه من كل وجه وقطع الطرف ليس فى معنى قتل النفس لان القطع يحتمل الوصف بالتجزى لانه ابانة العضو فجاز أن يقطع البعض دون البعض وأما القتل ازهاق الروح وانه لا يتجزأ اه
(قوله ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب) بأن قطعها شخص آخر لا يكون للمقطوع الاول مطالبة من قطع يد قاطعه اه (قوله وقال زفر الخ) يقول زفر ينتقض بما اذا ارتد العبد لانه يقتل مع وجود المعنى الذى ذكره اه غاية

الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد أو الاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شئ فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا قال رحمه الله (وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر يقتص للاول وللثانى الدية) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا وهو الخطأ فى الفعل فكأنه رمى الى حربى فأصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين لو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أولا الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة) معنى هذا اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ أو كانا خطأين وتخلل بينهما برء لا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة فحاصله أن الكل لا يتداخلان الا الخطأين فانهما يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهما برء وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان أما الاول وهو ما اذا كانا عمدين فالمذكور قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يتداخلان فيقتل حزا ولا تقطع يده لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصارا كالخطأين وذلك لان الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدى الى الحرج فيجمع تيسيرا الا أن لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ أو يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثانى تتميما للاول فيعتبر على حياله وأمكن هنا قبل البرء فصار كسراية الاول وله أن الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا اذا كانا من شخص واحد فيقطع الاولياء يده ثم يقتلونه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه من غير قطع لان القصاص يعتمد

﴿فصل﴾ (قوله وموجب القطع اذا كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ) هذه الحالة تنقسم الى حالتين احداهما قطع يده عمدا ثم قتله خطأ والاخرى قطع يده خطأ ثم قتله عمدا وكل منهما اما قبل البرء أو بعده فصارت أربع صور والحالتان الاخريان كذلك تتصور أربع صور فيصير المجموع ٨ صور فى ٦ منها لا يتداخلان اتفاقا وفى واحدة يتداخلان اتفاقا فتجب دية فقط والثامنة خلافية عند أبى حنيفة لا يتداخلان وعندهما يتداخلان اه ﴿فروع﴾ قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطأ قبل أن تبرأ اليد أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا قبل البرء قال يؤخذ بالامرين جميعا باليد والنفس الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير هذه المسئلة وما يشاكلها على أربعة أوجه اما أن يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا أو يقطع يده خطأ ثم يقتله خطأ أو يقطع يده عمدا ثم يقتله خطأ أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا ثم كل وجه على وجهين إما أن يبرأ فيما بين ذلك أو لا يبرأ فصارت فى الحاصل ثمانى مسائل وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وهذا على وجوه أربعة إما أن يكون كل واحد منهما عمدا أو خطأ أو القطع عمدا والقتل خطأ أو القطع خطأ والقتل عمدا وذلك كله قبل البرء أو بعد البرء ففى الوجوه كلها بعد البرء يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل الاول (١١٧) قد انتهى فيكون القتل بعده فعلا ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما حتى لو كانا عمدين له أن يقطع يده ثم يقتله ولو كانا خطأين أخذ دية الطرف ودية النفس جميعا ولو كان أحدهما خطأ والآخر عمدا يقتص فيما هو عمد وتؤخذ الدية فيما هو خطأ وان كان لم يتخلل بينهما برء فان كانا خطأ يكتفى بدية واحدة بالاجماع لانه ما فوت الا نفسا واحدة فلا يجب به الا دية واحدة وان كان أحدهما خطأ والآخر عمدا اقتص فيما هو عمد وأخذ بالدية فيما هو خطأ بالاجماع ولا يتداخل أحدهما فى الآخر لاختلافهما فأما ان كانا عمدين اختلفوا فيه قال أبو حنيفة يخير ان شاء قطع ثم قتل وان شاء اكتفى بالقتل وعندهما ليس له الا القتل هما يقولان انه ما فوت بالفعل الا النفس فحسب كما اذا كانا خطأ فثمة تجب دية واحدة بالاتفاق فكذا لا يجب هنا الا قصاص واحد اذا كانا عمدا ولابى حنيفة أنه أتى بجنايتين قطع وقتل فيجب عليه موجبان اه اتقانى ﴿فرع﴾ اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فللولى القطع والقتل وان كانا خطأين تجب دية ونصف دية وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب فى اليد القود وفى النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب فى اليد نصف الدية وفى النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر كل فعل على حدة فيجب فى الخطا الدية وفى العمد القود وان كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا فتجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقتل ولا يقطع وعند أبى حنيفة للولى الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل اه حصارى (قوله وعندهما يتداخلان) أى اذا كان القتل قبل البرء يدل عليه قول الشارح وعدم تخلل البرء بينهما اه (قوله وله أن الجمع) ومعنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل اه (قوله وجب على كل واحد منهما القصاص) أى بقطع يد القاطع وبقتل القاتل اه

المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى تكون باستيفائهما او بالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي بخلاف ما اذا مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد ألا ترى أن عشرة لو قتلوا واحدا خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وإن تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولان أرش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الحز لانه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ تجب دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة وهو محال ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس أما القطع والقتل فقصاصان فأمكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل وأما الثاني وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان أحدهما خطأ والآخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطأين وتخلل بينهما برء فلأن الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل حكم نفسه وقوله لا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة هذا اخراج عن قوله أخذ بالامرين أي بموجبي فعله الا في هذه الصورة فانهما يتداخلان ولا يؤخذ الا بالقتل فتجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في أثناء البحث وقوله كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة يعني يجب فيه دية واحدة كما اذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان الضربات التي برأ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه يجب فيه أجرة الطبيب وثمن الادوية وتأتي المسئلة بأدلتها في فصل الشجاج ان شاء الله تعالى ولو بقي لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو بقاء الاثر قال رحمه الله (وان عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عفا عن القطع أو عن الشجة فهو عفو عن النفس أيضا حتى ان مات بعد العفو بالسراية لا يضمن لان العفو اذا أضيف الى الفعل كالقطع والشجة يراد به موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد شيئين ضمان الطرف ان اقتصر وضمان النفس ان سرى فيتناولهما فصار كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها ولان اسم القطع والشجة يتناول الساري والمقتصر لان القطع جنس وهما نوعان فصارت السراية والاقتصار صفة له ألا ترى أن من أمر انسانا بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له عليه شيء لان اذنه بالقطع يتناوله فكذا العفو عنه يتناول ما يحدث منه وهذا لان السبب يذكر ويراد به المسبب ولهذا لو أبرأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك ابراء عن موجب الغصب وهو رد العين عند قيامها ورد القيمة بعد هلاكها وكذا لو أبرأ البائع المشتري كان ذلك ابراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق المجني عليه في القتل دون القطع لانه لما سرى تبين أنه كان قتلا من الابتداء فعفوه عن القطع يكون عفوا عن غير حقه فيبطل ألا ترى أن من قال لا قطع لي قبل فلان لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس ولو كان القطع يتناوله كما قالا لاقتضى براءته عنه فكذا العفو عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونهما غيرين فلم يصادف العفو محل حقه فيبطل وتجب عليه الدية والقياس أن يجب عليه القصاص في النفس لانه قتل نفسا

(قوله بخلاف ما اذا مات من السراية) أي اذا قطع يده عمدا فمات من ذلك فانه يقتل فقط اهـ (قوله لا في خطأين) هكذا هو في نسخة قارئ الهداية ونسخة الشيخ شمس الدين الزراتيتي المقابلة على خط الشارح وغالب نسخ المتن إلا باداة الاستثناء وعليها شرح العيني والرازي وغيرهما رحمهم الله أجمعين اهـ (قوله ولم يبق لها أثر) جعل كأنها لم توجد في حق الضمان وان اعتبرت في حق التعزير وصار كأنه لم يضرب به الا عشرة فمات منها فلا تجب الا دية واحدة اهـ اتقاني (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وكذا الجواب في كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر اهـ اتقاني

معصومة بغير حق عمدا الا أنا استحسنا فى سقوطه لان صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود وهذا لانه أضاف العفو الى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفى لدرء القصاص لا لسقوط المال لانه يجب مع الشبهة ولا نسلم أن السارى نوع من القطع وأن السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء وتبين ذلك بالسراية وهذا لان المعتبر فى الجنايات مآلها لما أن أصل الفعل قد يكون غير موجب القصاص فى النفس ثم يصير موجبا له بالسراية وقد يكون موجبا للقصاص ثم يصير غير موجب له كما اذا قطع يده من المفصل فسرى الى نصف الساعد وباعتبار المآل تبين أنه لم يكن له حق فى اليد ولهذا لو عفا الولى عن اليد بعد السراية لم يصح ولو كان السارى نوعا له لصح لامكان الصرف اليه ولان القطع الاول لا يوجب قطعا ساريا وانما يوجب القطع فقط ان كان مقتصرا أو القتل فقط ان كان ساريا فلا موجب للقطع السارى فلا يتناوله العفو عن القطع لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع السارى على الجانى حتى يستعار له فلغا بخلاف العفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها لان الجناية اسم جنس يتناول السارى والمقتصر والقتل ابتداء ألا ترى أنه لو قال لا جناية لى قبل فلان أوجب البراءة عن الكل بخلاف ما اذا قال لا قطع لى على ما بيناه والعفو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها صريح فى العفو عن السراية وأما مسئلة الاذن بالقطع فانما سقط الضمان عن القاطع فيها لانه لما قطعه بأمره انتقل الفعل اليه فصار فى التقدير كأنه هو الذى قطع يد نفسه فمات منه ولو كان يتناول السارى لوجب الضمان على القاطع كما لو قال له اقتلنى فقتله فكان هذا شاهدا لابى حنيفة رحمه الله كما تراه وأما مسئلة الغصب فلان الغصب سبب لوجوب رد المغصوب أو قيمته فجاز استعارته على المسبب وكذا مسئلة الرد بالعيب بخلاف ما نحن فيه على ما بيناه ولا يرد على هذا ما لو وقع الصلح عن القطع على عبد فأعتقه ثم مات المقطوع حيث لا ينتقض الصلح ولو لم يتناول السارى لانتقض لانا نقول لما أعتقه صار مختارا للامضاء فتضمن اعتاقه نقض الصلح الاول والتحول الى الصلح عن الجناية أو نحو ذلك لانه لا يتم الا به على ما يأتى بيانه من بعد ان شاء الله تعالى ولو كان القطع خطأ فهو كالعمد فى هذه الوجوه حتى اذا أطلق بأن قال عفوت عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى اذا مات منه يسقط كل الدية فيه غير أنه يعتبر من الثلث لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة به لانه ليس بمال وصار كما لو أعار أرضه فى مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال مطلقا وانما تصير مالا بعقد الاجارة ولم يتعلق حق الورثة بها فى المرض وهو المراد بقوله فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال قال رحمه الله (وان قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية فى مالها وعلى عاقلتها لو خطأ) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد أو عن القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد أو على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى لانه لا يمكنها أن تستوفى القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلى للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله والقياس أن يجب القصاص

(قوله ولهذا لو عفا الولى عن اليد) أى قطع يده فمات فعفا ولى المقتول عن موجب اليد لا يسقط القصاص اه (قوله فجاز استعارته على المسبب) يعنى له اه (قوله فيعتبر من الثلث كسائر أمواله) ويكون هذا وصية للعاقلة قال الصدر الشهيد وغيره وهذا لا يشكل عند من لم يجعل القاتل واحدا من العاقلة أما من جعله واحدا من جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته من الدية لانها وصية للقاتل فلا تصح قالوا والصحيح انها تصح فى حق الكل وان حصلت للقاتل بقدر حصته لانها لو لم تصح فى الابتداء صحت فى الانتهاء لانها لو بطلت فى الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لان من أوصى لمن تصح له الوصية ولمن لا تصح له الوصية صار كلها لمن تصح له الوصية كمن أوصى لحى وميت كانت الوصية للحى لتصحيح الوصية فههنا اذا لم تصح للقاتل تعود الى العاقلة فتسقط عن العاقلة فى الابتداء قصرا للمسافة اه غاية سيأتى معنى هذه الحاشية فى كلام الشارح فى الصفحة الآتية لكننى بادرت بكتابتها ظنا انه لم يذكره اه (قوله لانه ليس بمال) وانما يحجر من أشرف على الموت عن التصرف فى جميع ماله لحق الورثة وما ليس بمال فالصحيح والمريض والقاتل وغير القاتل فيه سواء اه اتقانى

في النفس على ما بينا فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا قدرا ووصفا وان كان أحدهما أكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة في استيفاء كل واحد منهما حقه فيتقاصان قال رحمه الله (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير قال رحمه الله (ولا شيء عليها لو عمدا) لانه رضي بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فسقط أصلا فصار كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط مجانا قال رحمه الله (ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهي تصلح مهرا فصحت التسمية الا أنه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه في التزوج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ولا يرجع عليهم بشيء لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم أيضا لانه وصية لهم فيصح لانهم أجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة الى الولي لان الوصية لا نفاذ لها الا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والأصح أنه يسقط كله لانه أوصى لمن تجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن اوصى لحي وميت فان الوصية كلها تكون للحي ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما أصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما أصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم أيضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا الى أن لا يبقى منه شيء فلو أبطلنا الوصية في حصته ابتداء لزمنا تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصرا للمسافة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد أيضا لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب في الفصلين واحدا عندهما قال رحمه الله (ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به) أي لو أن رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له في القصاص في النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه في القتل لان من له القصاص في النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شيء الا أنه مسيء ألا ترى أنه اذا أحرقه بالنار لا يجب عليه شيء غير الاساءة فاذا بقي له فيه القصاص فوارثه يقوم مقامه وعن أبي يوسف رحمه الله انه يسقط حقه في القصاص لان اقدامه على القطع دليل على انه أبرأه عن غيره قلنا انما أقدم عليه على ظن انه حقه لا حق له غيره وبعد السراية تبين ان حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كي لا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس فمات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلما

كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام وكذا الفعل واجب على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة وفى مسئلتنا الولى مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة قال رحمه الله (وان قطع يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا شىء عليه لانه قطع يدا من نفس لو أتلفها لا يضمن كما لو قطع يد من تدثم أسلم ثم سرى وهذا لانه استحق اتلافه بجميع أجزائه اذ الاجزاء تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقى لا فيما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفا ثم سرى لا يضمن شيأ والقطع السارى أفحش من المقتصر أو قطع وما عفا وما سرى ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده فصار كما لو كان له قصاص فى اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابى حنيفة رحمه الله انه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لان حقه فى القتل لا فى القطع وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة اذ كان له أن يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن فى الحال لاحتمال أن يصير قتلا بالسراية فيظهر أنه استوفى حقه وحقه فى الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه فى الطرف تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه وأما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق فى النفس لاستحالة أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء القتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع وما عفا و برأ فهو على الخلاف فى الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف فى الصحيح على أنا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء فى التوابع وانما دخلت فى النفس لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع تابعة قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

قال رحمه الله (ولا يقيد حاضر بحجته * اذ أخوه غاب عن خصومته فان يعد لا بد من اعادته ليقتلا ولو خطأ أو دينا لا) أى اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا فان عاد الغائب فليس لهما أن يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة تلك البينة ليقتلاه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد ولو كان القتل خطأ أو دينا لا يعيدها بالاجماع وأجمعوا على أن القاتل يحبس اذا أقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس وأجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ أو دينا لانه يتمكن من الاستيفاء لهما فى الخلافية أن البينة متى أقامها من له الخصومة تكون معتبرة ملزمة فلم يجب اعادتها بعد ذلك وأحد الورثة ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى للميت وعلى الميت كما فى دعوى الخطا ودعوى المال والقصاص موروث

(قوله وان قطع) أى ولى المقتول اه (قوله والقطع السارى أفحش من المقتصر) فاذا لم يضمن السارى فلا يضمن المقتصر اه (قوله وانما لم يضمن فى الحال) جواب سؤال تقديره أن يقال لما سقط القصاص ووجب المال ينبغى أن يثبت فى الحال ولا يتوقف على البرء كما فى الجنايات اه (قوله فهو على الخلاف فى الصحيح) لانه بعد البرء تبين أن القطع بغير حق اه

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

لما كانت الشهادة بالقتل متعلقة بالقتل أوردها عقيب حكم القتل لانه لما تعلق به صار كالتابع له اه (قوله ولو كان القتل خطأ الخ) قال فى الحقائق ولو كانت دعوى فى القتل الخطا بالدية والمسئلة بحالها يقضى بالدية على عاقلة القاتل واذا حضر الغائب لا يكلف اعادة بينته بالاجماع اه (قوله والقصاص موروث) أى يثبت ملك القود للمورث ثم للوارث اه ﴿فرع﴾ قال فى فتاوى قاضيخان للاب استيفاء القصاص لابنه الصغير فى النفس وفيما دون النفس وله أن يصالح عنهما وليس للوصى أن يستوفى القصاص فى النفس وله أن يستوفى القصاص فيما دون النفس وله أن يصالح فيما دون النفس واختلفت الروايات فى الصلح عن النفس ذكر فى الجامع الصغير أن له ذلك وذكر فى الصلح أنه ليس له ذلك وأما القاضى ذكر فى بعض الروايات عن محمد أن القاضى لا يستوفى القصاص للصغير لا فى النفس ولا فيما دون النفس ولا أن يصالح وذكر فى الصلح اذا قتل رجلا لا ولى له عمدا للامام أن يقتله أو يصالحه وليس له أن يعفو ويستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اه وقال الولوالجى ولان استيفاء القصاص لمن يستحق القصاص والمستحق للقصاص من يستحق مال القتيل على فرائض الله يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اه

عن الميت حتى تجرى فيه سهام الورثة و يصح عفوه قبل الموت وتقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وكذا
تنفذ وصاياه منه كما فى الدية فاذا لم تجب اعادة البينة فى أحد بدلى الدم وهو الدية فكذا فى البدل
الآخر وهو القصاص ولابى حنيفة رحمه الله أن القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك
الثأر والميت ليس من أهله وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أى يقومون
مقامه فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق
الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل فى المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من
الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وفى قوله
تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية
والدين لان الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته يملكه وأصل الاختلاف
راجع الى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا
للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الآخرين فى اثبات حقهم بغير وكالة منه فباقامة
الحاضر البينة لا يثبت القصاص فى حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء ولا يلزمه
أن القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار مفيدا
بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه انما يصح فى جواب الاستحسان لوجود
سببه على ما بينا وهو معارض بعفو الوارث فانه يجوز أيضا قبل موت المورث بعد الجرح استحسانا لوجود
السبب فلولا أن الحق يثبت له ابتداء لما صح عفوه قال رحمه الله (فان أثبت القاتل عفو الغائب لم يعد)
معناه أن القاتل اذا أقام بينة أن الغائب قد عفا كان الحاضر خصما وسقط القصاص لانه ادعى حقا على
الحاضر وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من
الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا
عليه تبعا له قال رحمه الله (وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب) أى لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا
وأحد المولين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا فى الولين حتى لا يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود
الغائب ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم و يسقط القصاص لما بينا فحاصله أن
هذه المسئلة مثل الاولى فى جميع ما ذكرنا الا أنه اذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن
الغائب بالاجماع والفرق لهما فى الكل ولابى حنيفة رحمه الله فى الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين
على ما بينا ولا كذلك أحد المولين على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (وان شهد وليان بعفو ثالثهما
لغت) أى اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث أنه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجران
الى أنفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما أن القصاص قد سقط وزعمهما معتبر
فى حق أنفسهما قال رحمه الله (فان صدقهما القاتل فالدية لهم أثلاثا) أى صدقهما القاتل دون الولى
المشهود عليه لانه بتصديقه اياهما أقر لهما بثلثى الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولى

(قوله ويصح عفوه قبل الموت) قال قاضيخان فى الوصايا جريح أوصى عند موته أن يعفى عن قاتله والقتل عمد كان باطلا فى قياس قول أبى
حنيفة اه (قوله ولابى حنيفة أن القصاص غير موروث الخ) قال الاتقانى ولابى حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة
ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفى ودرك الثار وهذا حق للورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس
حق الميت ولهذا اذا انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه واذا كان القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز أن ينتصب أحد
الورثة خصما عن الوارث الاخر لانه أثبت حق نفسه لاحق غيره فلا بد من اعادة البينة للغائب لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت لا عن ولى آخر فلما ثبت أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه أيضا والثبوت من وجه أورث الشبهة والمتهم يحبس بخلاف الدية فانه حق الميت من كل وجه لانه ينتفع بها فجاز أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الميت فلم يحتج الى اعادة البينة اه (قوله فالشاهد خصم) هكذا هو فى النسخ والمراد به الحاضر والله الموفق اه وكتب ما نصه وكذا عبر به فى الهداية اه فكذا هو بخط الشارح اه ﴿فرع﴾ اعلم أنه اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو فلا يخلو الحال من أربعة أمور لا زائد عليها الاول أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه الثانى أن يكذبهما القاتل والمشهود عليه الثالث أن يصدقهما
القاتل دون المشهود عليه الرابع عكسه وهو أن يكذبهما القاتل دون المشهود عليه فالثانى والثالث حكمهما معلوم المشهود
من المتن والرابع ذكر حكمه الشارح والاول الحكم فيه ظاهر وهو أنه ينقلب نصيب الشاهدين مالا ويبطل حق المشهود عليه اه وهذا
التقسيم مما ظهر لى حال المطالعة ثم رأيت الاتقانى رحمه الله ذكره ولله الحمد على الموافقة اه ﴿فرع آخر﴾ قال الحاكم الشهيد ولو شهد
أحدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر انه طعنه برمح أو شهد أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا فى مكان القتل أو وقته
أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة اه

المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه ويحول نصيبه أيضا مالا فوجب عليه كل الدية قال رحمه الله (وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية) أى ان كذبهما القاتل أيضا بعد أن كذبهما الولى المشهود عليه بالعفو فلا شئ للوليين الشاهدين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو أقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما فى حق أنفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولى المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وان صدقهما الولى المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولى المشهود عليه لانه أقر له بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيأ بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه وفى الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم أنه قد عفا فلا شئ له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية دينا فى ذمته والذى فى يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك كمن قال لفلان على ألف درهم فقال المقر له ليس لى ذلك وانما هو لفلان فيصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس أن لا يلزم القاتل شئ لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو ولكونه تكذيبا له وجوابه أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفيا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب الى غيره بجعل الواجب للشاهدين وفى مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لى ولكنه لفلان على ما بينا قال رحمه الله (وان شهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ما عرف والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان مخطئا لا يحل لهم أن يطلقوه بل يقولون قصد غيره فأصابه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش ودام على ذلك حتى مات وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح قال رحمه الله (وان اختلف شاهدا القتل فى الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتله بطلت) لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر أو زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم يقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول فلم يوجد ولان القاضى تيقن بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا يقتل بمثله وكذا لو كمل النصاب فى كل واحد منهما لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض وأما اذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لا أدرى بماذا قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا أيضا حكمهما مختلف فان من قال قتله بعصا أوجب الدية على العاقلة ومن قال لا أعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتله وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان أحدهما فعل والآخر قول قال رحمه الله (وان شهدا أنه قتله وقالا لا ندرى بأى شئ قتله وجب فيه الدية) فى ماله استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب اليه فى العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع أطلق الكذب فى اصلاح ذات البين على ما قال عليه الصلاة والسلام

(قوله والآخر قول) الذى فى نسخة العلامة قارئ الهداية ونسخة الزراتيتى المقابلة على نسخة الشارح بعد قوله والآخر قول وان شهدا أنه قتله الخ وليس فيهما قال رحمه الله اه

(قوله فهذا [illegible] منه) لان الشاهد مندوب الى الستر اه (قوله وانما وجبت الدية فى ماله دون العاقلة) لان القتل المطلق و الاصل عمد ولا يجب على العاقلة بالشك اه غاية

ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيرا أونما خيرا فهذا مثله أو أحق منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهما بالشك وانما وجبت الدية فى ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك قال رحمه الله (وان أقر كل واحد منهما أنه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا له قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت) أى اذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولى قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما وان شهد اثنان على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخران على آخر أنه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا بطلت الشهادة وليس له أن يقتل واحدا منهما وهو المراد بقوله ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت والفرق بينهما أن كل واحد من الاقرار والشهادة ينبئ أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله أنا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولى قتلتماه جميعا تكذيب لبعضه حيث ادّعى اشتراكهما فى القتل فكأنه قال لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال فى الاقرار صدقتما ليس له أن يقتل واحدا منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر لان كل واحد منهما يدّعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه أحد كما تقول فيكون مقرا بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما ولو أقر رجل بأنه قتله وقامت البينة على آخر أنه قتله وقال الولى قتلته كلاهما كان له أن يقتل المقر دون المشهود عليه لان فيه تكذيبا بالبعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت أنت قتلته وحدك كان له أن يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهما أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما كذب الآخرين وكذلك الحكم فى الخطأ فى جميع ما ذكرنا والله أعلم

باب فى اعتبار حالة القتل

قال رحمه الله (المعتبر حالة الرمى) لان الرمى فعل الرامى ولا فعل له بعده فوجب اعتبار حاله فى حق الحل والضمان عند ذلك قال رحمه الله (فتجب الدية بردة المرمى اليه قبل الوصول) أى اذا رمى رجل رجلا مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليه ثم وقع السهم به يجب على الرامى الدية وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شئ عليه لان التلف حصل فى محل لا عصمة له واتلاف غير المعصوم هدر وهذا لانه بارتداده أسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه فصار كما اذا أبرأه فى هذه الحالة وهذا لان اخراج نفسه عن التقوم كالابراء ألا ترى أن المغصوب منه اذا أعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان ولابى حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ هو الذى يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له أصلا بعده فيصير قاتلا بالرمى والمرمى اليه متقوم فى تلك الحالة ألا ترى أنه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله فأصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل أكله وكذا لو كفر بعد الرمى قبل الاصابة جاز تكفيره فكان العبرة بحالة الرمى وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا ولكن فيه شبهة لسقوط العصمة فى حالة التلف فتجب الدية قال رحمه الله (لا باسلامه) أى لا يجب شئ باسلام المرمى اليه بان رمى الى حربى أو مرتد

باب فى اعتبار حالة القتل

(قوله فى المتن فتجب الدية الخ) صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل رمى رجلا والمرمى مسلم ثم ارتد قبل أن يقع به السهم ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات قال الدية على الرامى لورثة المرتد وقال أبو يوسف ومحمد لا شئ على الرامى وان رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعدما أسلم لم يكن على الرامى شئ فى قولهم جميعا الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهذه من الخواص اه اتقانى (قوله فصار كما اذا أبرأه فى هذه الحالة) قال الاتقانى ولو أبرأه عن الجناية أو عن حقه ثم أصاب السهم لا شئ عليه اه (قوله فجرح الصيد ومات حل أكله) ويعتبر قاتلا من وقت الرمى ولو كان مجوسيا فرمى الى صيد ثم أسلم قبل الاصابة ثم أصابه وجرحه لا يحل أكله لان المعتبر وقت الرمى ووقت الرمى كان مجوسيا وكذلك ارسال الكلب على هذا التفصيل اه اتقانى (قوله وكذا لو) أى كانت الجناية خطأ واه (قوله فى المتن لا باسلامه) وذلك لان المعتبر عند أبى حنيفة حالة الرمى ووقت الرمى لم يكن المرمى متقوما لعدم العصمة بكونه مرتدا أو حربيا فكان تلفه هدرا وأما عندهما فلان فعله وقت الرمى وقع هدرا باعتبار الظاهر فلا ينقلب معتبرا ولان قتل الحربى والمرتد مأمور به فلو اعتبرنا حالة الاصابة لامتنع الناس من قتلهم فسقط اعتبار وقت الاصابة فى حقهم لمكان الضرورة بخلاف ما اذا كان مسلما وقت الرمى لانه لا ضرورة ثمة اه اتقانى فاسلم

نأسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعد ما أسلم وهـذا بالاجماع لان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وهذا كله يشهد لابى حنيفة رضى الله تعالى عنه قال رحمه الله (والقيمة بعتقه) أى تجب القيمة بعتقه معناه أن رجلا لو رمى الى عبد فأعتقه المولى بعد الرمى قبل الاصابة ثم أصابه فمات منـه لزمته القيمة وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنـه وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقى مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبـل الرمى وثمانمائة بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية ألا ترى أن من قطع يد عبـد ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الا الأرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمى صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان كالقطع ولابى حنيفة رحمه الله أن الرامى يصير قاتلا من وقت الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته لما مر من أن المعتبر حالة الرمى فلم يختلف المستحق فى تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهـما اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيأ لانه لو أوجب شيأ أوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا أما الرمى فقبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له فى المحل وانما قلت فيـه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل ولكن انعقد الرمى علة تامة لايجاب الضمان عنـد الاتصال بالمحل وعنـد الاتصال بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البـداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر رحمه الله عليـه الدية لان الرمى انما صار علة عنـد الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف المتلف حر فتجب ديته وأبو يوسف رحمه الله مع أبى حنيفة فيـه والفرق له بين هـذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد أنه اعترض على الرمى ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة الابراء أما هنا اعـترض على الرمى ما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية قال رحمه الله (ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى) معناه اذا قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمى قبل الاصابة ثم وقع عليـه الحجر فلا شئ على الرامى لما أن المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها قال رحمه الله (وحل الصيد بردة الرامى لا باسلامه) معناه اذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله ولو رماه وهو مجوسى فأسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمى فى حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة لانه فعله ويدخـل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنـده

(قوله وقال محمد الخ) قال الوافى تفسير قول محمد انه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرمى وبكم يشترى [illegible] ه انقانى (قوله ألا ترى أن من قطع يد عبد الخ) قال الاتقانى وجه قول محمد أن توجه السهم اليه موجب نقصانه [illegible] كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم أعتقه مولاه تنقطع السراية فلا يضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان فكذلك هنا [illegible] الدليل على أن العتق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد فى شرحه انه من قطع يد عبد انسان خطأ ثم أعتقه مولاه ثم مات لم يجب عليه قيمة النفس انما يجب عليه أرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع الى أن عتق دل أن العتق يبطل سراية الجناية ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الرامى جعل قاتلا بفعله الذى هو الرمى وصار كأنه أصابه السهم فى ذلك الوقت وحين اذ كان المرمى اليه عبدا فتجب قيمته وقت الرمى للمولى ألا ترى ان رجلا لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا يجب على الآخر شئ فكذلك هـهنا وكذلك مسلم رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقع السهم به فقتله حـل الصيد فكذا هـهنا وليس الرمى كالجرح الذى قاسه عليه محمد لوجود الفارق بينهما لان الجرح يحصل به تلف بعض المحل وحين اذ كان المحل للمولى فيجب الضمان للمولى أيضا ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد لانه معتق حينئـذ وذلك متعذر لكون الانتهاء مخالفا للابتـداء ولانه ينزل منزلة تبدل المحل حقيقة وعنـد تبدل المحل لا تتحقق السراية وأما الرمى قبـل اتصال السهم بالمحل فلم يحصـل به اتلاف أصلا فلم يجب حين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء الابتداء وانما انقلب الرمى علة الاتلاف عنـد الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمى فكأنه وجد من ذلك الوقت فلم تلزم المخالفة فلم يكن العتق قاطعا للسراية الرمى لعدم المخالفة اه (قوله الى العتق) مثـلا لو كانت قيمته عند القطع مائة وعنـد العتق سبعين يلزمه ثلاثون مع أرش اليد اه (قوله فلا يبطل به الجناية) الا أنه لا تلزمه الدية لان الرمى وقع موجبا ضمان القيمـة واعتباره وقت الاصابة يوجب الدية فلا تلزم الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه أبو الليث قول أبى يوسف مع محمد فى الجامع الصغير فى مسئلة الاعتاق بعد الرمى وذكر فخر الاسـلام فى شرحه قوله مع أبى حنيفة اه انقانى (قوله وهو مباح الدم فيها) ولكن يجب الضمان على الراجع ان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحـد فعليه ربع الدية اه انقانى

قال رحمه الله (ووجب الجزاء بحله لا باحرامه) أى لو رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم أصابه وجب عليه الجزاء وان رماه وهو حلال فأحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدى وهو الرمى فى حالة الاحرام ووجد ذلك فى الاول دون الثانى والاصل فى مسائل هذا الباب أن المعتبر وقت الرمى بالاتفاق وانما عدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له على ما بينا فى أول هذا الفصل والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذى هو بدل النفس وهو مصدر يقال ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه ذلك سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر قال رحمه الله (دية شبه العمد مائة من الابل أرباعا من بنت مخاض الى جذعة) أى خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية فى بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام ألا إن قتيل خطا العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل اربعون منها من ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف أن التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب سن لا يجب فى الخطا ولهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الدية بمائة من الابل أرباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها تجب أخماسا فعلم أن المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة أن الدية مقدرة بمائة من الابل قال عليه الصلاة والسلام فى نفس المؤمن مائة من الابل فلو أوجبنا الخلفات لزاد الواجب على المائة من وجه لان ما تحمل حيوان من وجه وله عرضية الانفصال فصار ذلك ايجاب الزيادة على تقدير الشرع فلا يجوز وما روياه غير ثابت لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اختلفوا فى صفة التغليظ فمذهب ابن مسعود رضى الله عنه أرباعا مثل مذهبنا ومذهب على رضى الله عنه أثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضى الله عنه تجب أثلاثا من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث ومذهب عمر وزيد بن ثابت والمغيرة وأبى موسى رضى الله تعالى عنهم أثلاثا كمذهبهما ولم تجر المحاجة به بينهم ولو كان صحيحا لجرت ولوقع الاتفاق بينهم ولا يعارضونا بمثله لانا نقول اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى أولى ولان الدية عوض النفس والحامل لا يجوز أن تستحق فى شىء من المعاوضات لوجهين أحدهما ما ذكرنا من الزيادة والثانى أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها ولذلك لا يجب اللعان بنفى الحمل ولان الدية على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهانا عن أخذ الحامل فى الصدقات لكونها من كرائم الاموال فكذا فى الديات قال رحمه الله (ولا تتغلظ الا فى الابل) لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للرأى فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف فى التقدير بغير الابل قال رحمه الله (والخطأ مائة من الابل أخماسا ابن مخاض و بنت مخاض و بنت لبون وحقة وجذعة) أى دية الخطا مائة من الابل أخماسا ابن مخاض الخ أى خمسه ابن مخاض وخمسه بنت مخاض وخمسه بنت لبون وخمسه حقه وخمسه جذعة فاذا كان أخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرون لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم

كر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات لان الدية أحد موجبى الجناية فى الآدمى ولكن لما كان القصاص أعلاهما أقواهما قدمه لان معنى الاحياء والصيانة فيه أكثر من وجوب الدية فيما كان من العوارض كالخطا وما فى معناه والاصل عدم العارض فقدم القصاص على الدية ولهذا وهذا وضع القدورى فى مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قدم كتاب الديات على كتاب الجنايات والطحاوى قدم القصاص على الديات حيث ترجم الكتاب بقوله كتاب القصاص والديات ومحمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات لان عامة أحكامها الديات وذلك لان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب فى شبه العمد وفى الخطا وفى العمد أيضا عند تمكن الشبهة اه غاية (قوله وعشرون بنت مخاض) بنت مخاض بالنصب على التمييز لان مميز أحد عشر الى تسعة وتسعين يجىء منصوبا وقد علم فى النحو اه غاية (قوله من ثنية الى بازل عامها) الثنى من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل فى السادسة والبازل من الابل ما دخل فى السنة التاسعة والذكر والانثى فيه سواء اه من خط الشارح (قوله كلهن خلفة) الخلفة الحامل من النوق اه خواهرزاده (قوله ولا يعارضونا بمثله) أى لا يقال لو صح حديثكم أيضا لرجعوا اليه ولما اختلفوا اه (قوله ولذلك لا يجب اللعان) انما يمشى على قول أبى حنيفة اه (قوله لان الشرع ورد به) فيه دون غيره اه قال

قال فى دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر رواه أبوداود والترمذى وأحمد وغيرهم والشافعى أخذ بمذهبنا غير أنه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه مارويناه ولان ماقلناه أخف لاقامة ابن مخاض مقام ابن لبون فكان أليق بحال المخطئ ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض فى الزكاة حيث أخذه مكانها فايجاب عشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كايجاب أربعين بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير أسنان الابل الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال رحمه الله (أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم) أى الدية من الذهب ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال مالك والشافعى رحمهما الله الدية اثنا عشر ألف درهم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفا رواه أبوداود والترمذى ولانه لاخلاف انها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما ولنا ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وماقلنا أولى للتيقن به لانه أقل أو يحمل مارواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضى الله عنه على ماحكاه الخبازى فى كتاب الزكاة فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أى العشرة منه وزن عشرة دنانير فهو قدر الدينار والثانى وزن ستة أى العشرة منه وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة أى العشرة منه وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضى الله عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فانكشف هذا أن الدينار عشرون قيراطا فوزن العشرة يكون مثله عشرين قيراطا ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشره فيكون اثنى عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطا فاذا جعلتها اثلاثا صار كل ثلث أربعة عشر قيراطا وهو الذى كان عليه درهمهم فاذا حمل مارواه الشافعى على وزن خمسة ومارويناه على وزن ستة استويا والذى يرجح مذهبنا ماروى أن الواجب فى الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عنده سواء كان ذكرا أو أنثى وعندنا عشر دية نفسه ان كان أنثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك أن دية الام خمسة آلاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف ولانا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم فى الشرع بعشرة دراهم ألا ترى أن نصاب الفضة فى الزكاة مقدر بمائتى درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة لا تجب الا على الغنى فيعلم بذلك علما ضروريا أن الدينار مقوم بعشرة دراهم ثم الخيار فى هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذى يجب عليه فيكون الخيار اليه كما فى كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض فى الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاه ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة رواه أبوداود وكان عمر رضى الله عنه يقضى بذلك على أهل كل مال مما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفى النهاية قيل فى زماننا قميص وسراويل وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك فى غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التى وردت فيها يحتمل القضاء بها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر فى المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو على مائتى بقرة لا يجوز وتأويله أنه قولهما قال رحمه الله (وكفارتهما ماذكر فى النص) أى كفارة القتل خطأ

(قوله فجمع عمر بين الثلاثة) أى أخذ من كل نوع درهما اه (قوله وذكر فى المعاقل الخ) قال الاتقانى مانصه وقال فى شرح الطحاوى وقيل لا اختلاف بينهم لانه ذكر فى كتاب المعاقل أن الولى لو صالح على أكثر من مائتى حلة فالفضل باطل بالاجماع فلولا انه من جنس الدية لوجب أن يجوز ولو صالح مع العاقلة أو مع القاتل على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار أو أكثر من (١) (قوله لا يجوز وتأويله انه قولهما) أى تأويل ماذكر فى المعاقل أنه مذهب أبى يوسف ومحمد لا مذهب أبى حنيفة اذ عنده يجوز ذلك لانه ليس من المنصوص عليه اه

(١) هكذا فى نسخ الحاشية والكلام كما ترى منقطع فارجع الى الاصول الصحيحة اه مصححه

(قوله [illegible]) لان بدخول الفاء يعلم انه جزاء الشرط قبله وجزاء الشرط لا يكون جزاء الا اذا كان كاملا فى كونه جزاء ألا ترى أنه لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق يجعل (١٢٨) قوله فأنت طالق جزاء كاملا من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضا أو وعبدى حر

وشبه عمد هو الذى ذكر فى القرآن وهو الاعتاق والصوم على الترتيب متتابعا كما ذكر فى النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتناولهما الآية ولا يختلفان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب فى شبه العمد مغلظة لوجود التوقيف فى التغليظ فى شبه العمد دون الخطا والمقادير لا تجب الاسماعا قال رحمه الله (ولا يجوز الاطعام والجنين) لان الاطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف الاسماعا ولان المذكور كل الواجب للفاء فى الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلم يجز ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص قال رحمه الله (ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما) لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة أطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف أطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر تصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد فى التكفير اذا عاش ولا كذلك فى الاتلاف فافترقا قال رحمه الله (ودية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وفيما دونها) روى ذلك عن على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى رحمه الله الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روى عن سعيد بن المسيب أنه السنة وقال الشافعى السنة اذا أطلقت يراد بها سنة النبى صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم أفتوا بخلافه ولو كان سنة النبى صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على أنه سنة زيد لانه لم يروا الاعنه موقوفا ولان هذا يؤدى الى المحال وهو ما اذا كان ألمها أشد ومصابها أكثر أن يقل أرشها بيانه أنه لو قطع اصبع منها يجب عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلاث يجب ثلاثون لانها تساوى الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع أربعة يجب عشرون التنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيأ بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافى ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال أن تكون الجناية لا توجب شيأ شرعا وأقبح منه أن تسقط ما وجب بغيرها هذا مما يحيله العقلاء بالبديهة ولان الشافعى رحمه الله يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال رحمه الله (ودية الذمى والمسلم سواء) وقال مالك رحمه الله دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وقال الشافعى رحمه الله دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن أمية الضمرى بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن الزهرى ان أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم وقال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وفى ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من قوله تعالى فى قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب أن يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم أن لو كانوا مسلمين ألا ترى أن أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا فى أموالهم فما ظنك

(قوله ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان) قال الاتقانى والرضيع فى العادة هو الذى لم تتبين سلامة أعضائه حتى جعل بمنزلة المقعد فى حكم القصاص والارش فى مسئلة الجامع الصغير فى مولود يولد فقطع رجل ذكره ففيه حكومة عدل الا أن يكون الذكر قد تحرك ففيه القصاص فى العمد والدية فى الخطا وكذلك اذا قطع لسانه وقد استهل ففيه حكومة عدل الا أن يكون تكلم ففيه الدية كاملة وكذلك بصره ففيه حكومة عدل الا أن يعلم انه قد أبصر وفى هذه المسئلة جعله بمنزلة سليم الاطراف ووجه التوفيق أن سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع يحسم باب حدوث السلامة فصار النقصان لازما فوجب حكومة العدل وأما الاعتاق فلا يحسم باب السلامة فيكون تأويل المسئلة انه أعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى انه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأدبه الكفارة كذا قال فخر الاسلام فى الجامع الصغير اه اتقانى (قوله العامريين) كذا بخطه فليراجع الحديث اه (قوله عمرو بن أمية الضمرى) صحابى مشهور له أحاديث روى عنه أولاده جعفر وعبد الله والفضل وغيرهم قال ابن سعد أسلم حين انصرف المشركون من أحد وكان شجاعا وبعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى النجاشى فى زواج أم حبيبة والى مكة فحمل خبيبا من خشبته وكان من رجال العرب نجدة وعاش الى خلافة معاوية ومات بالمدينة اه اصابة لابن حجر

في أنفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب أن تنتقص ديته به كما تنتقص بالانوثة والرق ولان الرق أثر الكفر فاذا انتقص بأثره فأولى أن ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (في النفس والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان لم تنبت وشعر الرأس والعينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين وثدي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي أشفار العينين الدية وفي أحدها ربعها وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وفي كل سن خمس من الابل أو خمسمائة درهم) والاصل فيه حديث سعيد بن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية ومثله ذكره عليه الصلاة والسلام في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد في البعض يكون واردا في الباقي دلالة لانه في معناه والاصل في الاعضاء أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الآدمي تعظيما له دليله ما روينا من الحديث والاعضاء على خمسة أنواع فمنها ما هو أفراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو أرباع ومنها ما هو أعشار ومنها ما يزيد على ذلك ففي كل واحد من الافراد تجب الدية وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار كذلك فاذا ثبت هذا فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذلك اذا قطع المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه أو قطع الارنبة وهو طرف الانف أو قطع المارن مع القصبة لما ذكرنا من ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة الانف أن تجتمع الروائح في قصبة الانف لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وكذا اذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فان الآدمي يمتاز به عن سائر الحيوان وبه منّ الله تعالى علينا بقوله خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره أغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا تجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا لتفويت صورة الآلة وقد حصل بالامتناع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد الحروف التي تتعلق باللسان (١) وهي التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما أصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه من الحروف أسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه ألزمه بحسابه منها وكذا الذكر لان فيه تفويت منفعة جمة من الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لانها أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له وكذا في العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه

(قوله بالنكاح) كذا بخط الشارح والظاهر اسقاط الباء

﴿فصل﴾ (قوله واليدين) من قوله واليدين الى قوله والرجلين ساقط من خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله ومنها ما يزيد على ذلك) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الاعضاء التي يجب بكل عضو منها دية هي ثلاثة أعضاء اللسان والانف والذكر فاذا استوعب الانف جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة وكذا اذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله وكذلك الذكر اذا استوعب أو قطعت الحشفة كلها ففيه الدية الى هنا لفظ الكرخي اه

(١) قوله وهي التاء الخ كذا في الاصل ولم يذكر القاف والكاف وهما من اللسانية ولا الفاء وهي من الشفوية اه كتبه مصححه

ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لان المنكر ولا يلزمه شئ الا اذا صدقه أو نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أنها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم أنها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل ثم ينادى فاذا أجاب علم أنه لم يذهب والا فهو ذاهب وروى عن اسمعيل بن حماد أن امرأة ادعت أنها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها وكذا في اللحية وشعر الرأس الدية اذا حلق ولم ينبت لانه أزال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدميين ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا يحلق الرأس واللحية بعضها في بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا يتعلق به منفعة ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا قول علي رضي الله عنه في الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف في هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه الرأي ولانه فوت عليه جمالا على الكمال لان اللحية في أوانها جمال وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن الاصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والدليل على أنه جمال قوله عليه الصلاة والسلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال وأما لحية العبد فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من أطراف اللحية واختلفوا في لحية الكوسج والاصح أنه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس في حقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كامل وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم فاذا نبت أبيض فقد ذكر في النوادر انه لا يلزمه شئ عند أبي حنيفة رحمه الله في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير أوانه فتجب حكومة العدل باعتباره وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه ينتقص به قيمته ويستوى العمد والخطأ في حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا أو دلالة فالنص انما ورد في النفس والجراحات وهذا ليس في معناها لانه لا يتألم به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوى فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه وأما ما يكون مزدوجا من الاعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما كمال الدية وفي قطع أحدهما نصف الدية وأصل ذلك ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال في العينين الدية وفي احداهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت اثنتين منها تفويت جنس المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال فتجب كل الدية وفي تفويت احداهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وهذا لان في تفويت العينين واليدين والشفتين تفويت منفعة الابصار والبطش وامساك الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي وفي الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين بالدية وفي الانثيين تفويت منفعة الامناء والنسل وفي ثديي المرأة تفويت

(قوله وان لم يهرب فهي ذاهبة) وقال محمد في الاصل ان لم يعلم عماذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول للجاني مع يمينه على البتات لان هذا يمين على فعل نفسه وهو ذهاب بصر غيره اه معراج (قوله قوله صلى الله عليه وسلم ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين رجال باللحى) قال في المصباح اللحية الشعر النازل على الذقن والجمع لحى مثل سدرة وسدر وتضم اللام أيضا مثل حلية وحلى اه

منفعة

(قوله اذا لم تنبت) ضبطه في المغرب بضم حرف المضارعة من الانبات أي اذا لم تنبت الاشفار الاهداب اهـ (قوله لان الانسان له اثنتان وثلاثون سنا) فينبغي أن يجب في كل سن ربع ثمن الدية نظرا الحكمة في وجوب نصف العشر فيخطر ببالي أن عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين سنا فالاربعة الاخيرة وهي أسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد ينبت لبعض الناس بعضها وللبعض كلها

منفعة الارضاع بخلاف ثدي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المرأة كمال الدية وفي احداهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لثديها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الارتضاع وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجب في الحاجبين حكومة عدل بناء على أصلهما انهما لا يريان وجوب الدية في الشعر وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال وأما ما يكون من الاعضاء أرباعا فهي أشفار العينين ففيها الدية اذا قلعها ولم تنبت وفي أحدها ربع الدية لانها يتعلق بها الجمال على الكمال و يتعلق بها دفع الأذى والقذى من العين وتفويت ذلك ينقص البصر و يورث العمى فاذا وجب في الكل الدية وهي أربعة وجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي ثلاثة ثلاثة أرباع الدية ثم يجوز أن يكون مراده بالاشفار حروف العينين ولا اشكال فيه لانه حقيقة فيه ويجوز أن يكون مراده الاهداب وسماها أشفارا تسمية للحال باسم المحل ومثله سائغ لغة كما يقال سال الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وانما الماء هو الذي يسيل فيه وقال محمد رحمه الله في أشفار العينين الدية كاملة اذا لم تنبت فأراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وأيهما أريد كان مستقيما لان في كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة فلا يختل المعنى ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر وأما ما يكون من الاعضاء أعشارا كالاصابع ففي قطع أصابع اليدين أو الرجلين كل الدية وفي قطع واحدة منها عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت منفعة المشي أو البطش وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما روينا ولان الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى مع اليسرى وكل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع لانه ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففي أحدهما نصف دية الاصبع لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله في المختصر وما فيها مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وأما ما يزيد على ذلك فالاسنان ففي كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل سن خمس من الابل وهي كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه والاسنان كلها سواء ولان الكل في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالايدي والاصابع وان كان في بعضها زيادة منفعة ففي الآخر زيادة الجمال فاستويا فتزداد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنتان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فاذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها) أي اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوءها به لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا زالت منفعته كلها وجب عليه موجبه كله ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عند الاتلاف بأن أتلف عضوا

فالعدد الاوسط للاسنان ثلاثون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن تبطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التي تقابلها وهي منفعة المضغ وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد الاوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف منفعة السن الأخرى التي تقابلها سدس العشر ومجموعهما نصف العشر والله أعلم بالحقيقة اهـ شرح وقاية وكتب مانصه قال شيخ شيخنا العلامة زين الدين قاسم في كتاب التصحيح أخذ بعض أهل العصر من هذا أن في الاسنان كلها دية واحدة كسائر الاعضاء المتعددة وهو غلط قال في شرح الطحاوي وفي كل سن نصف عشر الدية خمسمائة درهم ومن ضرب رجلا حتى سقطت أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون كان عليه دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية وفي السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من ثلاثة أخماس الدية وفي السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقي من الدية الكاملة اهـ وذكره في الاصل والمحيط والمبسوط وقال في السنة الاولى ستة آلاف وستمائة وست وستون وثلثان وفي السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقال في الاختيار وأسنان الكوسج ثمانية وعشرون فتجب دية وخمسمائة وهذا غير جار على القياس في الاعضاء الا أن المرجع النص اهـ

ذهب منفعته فحينئذ تجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما معها بل يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شئ يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف يكون له ارش ألا ترى أن الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها ارش اذا تلفت معها واذا انفردت بالاتلاف كان لها ارش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة النسل وكذا لو أحدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الآدمي في كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم ولو زالت الحدبة فلا شئ عليه لزوالها لا عن أثر ولو بقي أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم

﴿فصل في الشجاج﴾ الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم وهي مأخوذة من حرص القصار الثوب أي شقه في الدق والدامعة بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين مأخوذة من الدمع فسميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من المقلة وقيل لان عينه تدمع بسبب ألم يحصل له منها وفي المحيط الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العينين والدامية وهي التي تسيل الدم وذكر المرغيناني أن الدامية هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح مروي عن أبي عبيد والدامعة هي التي يسيل منها الدم كدمع العين ومن قال ان صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد أبعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك أي يلتئم ويتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما تؤول اليه وروي عن محمد رحمه الله أن المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة مأخوذة من قولهم التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع أكثر اللحم وهي بعد الباضعة وقال الازهري الوجه أن يقال المتلاحمة أي القاطعة للحم والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع الى مأخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة وهي التي تصل الى أم الدماغ وأم الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه الله لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا ولا يكون من الشجاج والكلام في الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانهما لا يبقى لهما في الغالب أثر وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه لغة وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو انما ورد في الشجاج وهو يختص بالرأس والوجه فيختص الحكم المقدر بها ولا يجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين لان شجاج الرأس والوجه يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالبا فلا يظهر واختلفوا في اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما يتصلان بالوجه من غير فصل ويتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لانهما تحته وقال شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا أنا تركناهما للاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة قال رحمه الله (وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها) لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي

﴿فصل في الشجاج﴾ (قوله فيختص الحكم المقدر بها) أي بالشجاج اه من خط الشارح

صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة
و يروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه الصلاة والسلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر الصديق رضي
الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في
كل واحدة منهما الثلث وهي تكون في الرأس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا في
الرأس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق قال رحمه الله (وفي الحارصة والدامعة والدامية
والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن
اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله واختلفوا
في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي رحمه الله تفسيرها أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه
هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع
عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب
بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي رحمه الله يقول
ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر
الدية فيؤدي الى أن يوجب في هذه الشجاج وهو ما دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة وانه
محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد رحمه الله ينظر المفتي في هذا ان أمكنه الفتوى
بالثاني بان كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول لانه
أيسر قال وكان المرغيناني رحمه الله يفتي به وقال في المحيط والاصح أنه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل
شجة لها أرش مقدر فان كان مقدار مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك
الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر القولين فكانه جعله قولا ثالثا والاشبه أن يكون هذا
تفسير القول الكرخي وقال شيخ الاسلام رحمه الله قول الكرخي أصح لان عليا رضي الله تعالى عنه اعتبره
بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا قصاص في غير الموضحة) لانه
لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا
قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي
الله عنه وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله في الاصل وهو الاصح
لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسبار
ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص
ان كانت عمدا لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة ولان المساواة فيها ممكنة بانهاء
السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص قال رحمه الله (وفي أصابع اليد نصف الدية) أي أصابع
اليد الواحدة لان في كل اصبع عشرا من الابل لما رويناه فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف
ولان في قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال رحمه الله (ولو مع الكف)
هذا متصل بما قبله أي في أصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف
لان الكف تبع للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام في اليدين
الدية وفي احداهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القوة والقدرة
والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا
للاصابع قال رحمه الله (ومع نصف ساعد نصف الدية وحكومة عدل) أي اذا قطع الكف مع نصف
الساعد يجب نصف الدية وحكومة عدل نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد
وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ورواية عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أن ما زاد على الاصابع من

(قوله وهو الاصح) كذا في الكافي. اهـ

اليد والرجل الى المنكب وأصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع أوجب فى الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى أصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لماله ارش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر أن اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها فى البطش فكذا فى الارش ولا يقع البطش بالساعد أصلا ولا تبعا فلا يدخل فى ارشه ولانه لو جعل تبعا لا يخلو إما أن يجعل تبعا للاصابع أو للكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثانى لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هى اسم الى الزند اذ ذكرت فى موضع القطع بدليل آية السرقة قال رحمه الله (وفى قطع الكف وفيها اصبع أو اصبعان عشرها أو خمسها ولا شئ فى الكف) أى اذا كان فى الكف اصبع أو اصبعان فقطعها يجب عشر الدية فى الاصبع الواحدة وخمسها فى اصبعين ولا يجب فى الكف شئ وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرهما ويدخل القليل فى الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شئ واحد اذ ضمان الاصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار أحدهما متعذر أيضا لان كل واحد منهما أصل من وجه أما الكف فلان الاصابع قائمة به وأما الاصابع فلانها هى الاصل فى منفعة البطش فاذا كان كل واحد منهما أصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس انسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل فى الكثير ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الاصابع أصل حقيقة لان منفعة اليد وهى البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلاة والسلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث أوجب فى اليد نصف الدية ثم جعل فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته أن تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل أولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا تعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى أن الصغار اذا اختلطت مع المسان يجب فيها الزكاة تبعا وان كانت الصغار أكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان أحدهما ليس بتبع للآخر ولان ارش الاصبع ثابت بالنص وليس للكف أرش مقدر شرعا فلو ثبت انما يثبت بالرأى والاجتهاد وذلك لا يصلح لابطال المنصوص عليه لما عرف أن الاجتهاد لا يصار اليه الا للضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل أو شبهته فكيف يصار اليه هنا مع وجوده بل لابطاله وهذا خارج عن القواعد وعلى هذا لو كان فى الكف مفصل واحد من اصبع واحدة يجب ارش المفصل على الظاهر عنده ولا يجب فى الكف شئ لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقى من الاصل وان قل فهو أولى كما قال فى القسامة ان أهل الخطة أولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم أصلا ولا يظهر حكم التبع معه وان كثر وروى الحسن عنه أن الباقى اذا كان دون اصبع يعتبر أكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما يثبت اعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص فى ارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاول أصح لان ارشه ثبت بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق فى الكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع ولو كان فى الكف ثلاث أصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب فى الكف شئ بالاجماع لان الاصابع أصل على ما بينا وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قال رحمه الله (وفى الاصبع الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه ان لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام حكومة عدل) أما الاصبع الزائدة فلانها جزء لآدمى فيجب الارش فيها تشريفا للآدمى وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما فى السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زائدة

لان المساواة شرط لوجوب القصاص فى الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر فى الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق بل ببقاء الشعيرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفى قطع الاصبع الزائدة يبقى أثره فيشينه ذلك فيجب الارش وأما عين الصبى وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب ارشها كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منهما الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله ان لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ فى الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجانى وان أنكر ولم تقم به بينة فالقول قول الجانى وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية كاملة كيفما كان الا اذا عرفت أنها غير صحيحة لان الغالب فيه الصحة فأشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وحاجتنا الى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاعضاء وبين الاذن والانف وفى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل وقال الشافعى رحمه الله تجب دية كاملة لقوله عليه الصلاة والسلام وفى الذكر الدية من غير فصل ولنا أن المنفعة وهو الايلاج والانزال والاحبال هى المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء والرجل الشلاء قال رحمه الله (شج رجلا موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بها بدونه فصار بالنسبة الى سائر الاعضاء كالنفس فيدخل أرشها كما فى النفس وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وتجب الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها فحاصله أن الجناية متى وقعت على عضو واحد فأتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الاقل فيه ولا فرق فى هذا بين أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبى حنيفة رحمه الله لسقوط القصاص به عنده وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والا فكما قال أبو حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله لا يدخل أرش الاعضاء بعضه فى بعض لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بينا قال رحمه الله (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا) أى لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الاشياء بها لا يدخل أرش الموضحة فى ارش أحد هذه الاشياء وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدخل ارش الموضحة فى دية السمع والكلام ولا يدخل فى دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة وأما السمع والكلام فلانهما مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل فى ارش العقل ولهما أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسه فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها فى بعض لان العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس أو نقول ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء أو نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار

(قوله فى المتن دخل ارش الموضحة فى الدية) قال الكرخى فى مختصره ولو ان رجلا شج رجلا فذهب من ذلك بصره أو سمعه أو كلامه أو شعره فلم ينبت أو عقله فان أبا حنيفة قال عليه الدية فى ذهاب شعره وعقله وليس عليه شئ فى الموضحة يدخل ارش الموضحة فى الدية ولا يدخل أرش الموضحة فى غير هذين ويكون فى السمع أو البصر أو الكلام أيها ذهب بالشجة أرش الشجة والدية وكذلك قال محمد مثل قول أبى حنيفة وكذلك قال أبو يوسف فى احدى الروايتين عنه وهى الرواية الاولى روى ذلك فى الاملاء عنه بشر بن الوليد وعلى بن الجعد وروى عنه الحسن ابن زياد أن الشجة تدخل فى دية السمع وقال فى الجوامع تدخل فى السمع والكلام ولا تدخل فى البصر خاصة لان البصر ظاهر وقال الحسن ابن زياد لا يدخل فى ذلك أرش الشجة الا فى الشعر خاصة وقال زفر لا يدخل أرش الشجة فى شئ من ذلك شعر ولا غيره الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله اه (قوله وقد تعلقا بسبب واحد) وهو الجناية على الرأس اه (قوله لانه ظاهر) كاليد والرجل اه غاية وكتب ما نصه قال القدورى وهذا الفرق الذى قاله أبو يوسف يبطل بالشعر لانه ظاهر وقد دخل أرش الموضحة فيه فان قيل لم أوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية ولو أدت الشجة الى الموت لم يجب الا دية واحدة والموت أعظم من ذلك قيل الموت فوات الجملة وهذه الاشياء تبع للجملة فيدخل التبع فى المتبوع فأما اذا لم يمت فكل واحد من هذه المعانى غير تابع للآخر فلم يدخل فى ارشه قال القدورى من أين يعلم ذهاب السمع والبصر والشم قيل له يعرف ذلك باعتراف الجانى وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه فى معرفة ذلك مر فى أول فصل فيما دون النفس اه اتقانى

(قوله [illegible] مع الشعر) قال الاتقانى وليس كذلك الشعر والموضحة لانهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال بسبب الشعر اه (قوله فى المتن وان شجه موضحة فذهبت عيناه) لايجب القصاص فى قول أبى حنيفة ولكن يجب عليه ارش الشجة ودية العينين وفى قول أبى يوسف ومحمد دية العينين (١٣٦) والقصاص فى الموضحة أما مذهب أبى حنيفة فلان هذه جناية واحدة على

كالروح للجسد وقال الحسن رحمه الله ارش الموضحة لايدخل فى دية العقل أيضا الاختلاف محل الجناية فان محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما على ما بينا والحجة عليه ما بينا قال رحمه الله (وان شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع اصبعا فشلت أخرى أو قطع المفصل الاعلى فشل ما بقى أو كل اليد أو كسر نصف سنه فاسود ما بقى فلا قود) وهذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله مطلقا وقالا يجب القصاص فى الموضحة والدية فى العين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت أخرى يجب أيقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعندهما لم يجب القصاص فى العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بأن قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقى منها يكتفى بأرش واحد ان لم ينتفع بما بقى وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل فى الباقى بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقى أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله بالاجماع ولو قال أقطع المفصل الاعلى وأترك ما يبس أو أكسر القدر المكسور من السن وأترك الباقى لم يكن له ذلك لان الفعل فى نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الباقى ليس له ذلك والاصل عنده أن الفعل الواحد اذا أوجب مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا وعندهما فى العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب لهما فى الخلافية أن الفعل فى محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين مبتدأتين والشبهة فى احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل فأصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله فيجب القود فى الاول والدية فى الثانى وكمن قطع اصبعا فاضطرب السكين فأصاب اصبعا أخرى خطأ فانه يقتص للاولى دون الثانية بخلاف كسر نصف السن اذا اسود ما بقى منها أو قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقى منها أو شلت اليد كلها لانه لا يمكن أن يجعل كفعلين مبتدأين لاتحاد الفعل والمحل ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس فى وسعه السارى فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سراية أن فعله أثر فى نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن ويتحقق ذلك فى نفس واحدة فى موضعين منها كما يتحقق فى الطرف مع النفس بأن مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك فى حكم فعل على حدة وفى النفس الواحدة لا يحتاج الى أن نجعله كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية فيهما متصورة أو رثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص بعاقبته أثر ذلك فى بدايته وبخلاف ما اذا اضطرب السكين فقطع اصبعا أخرى حيث يجب القصاص فى الاولى لان القطع فى الاخرى ليس بالفعل الاول ولا بأثره بل بفعل آخر مقصود فيفرد بحكمه أو نقول ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبيب فان الفعل الاول باق على اسمه لم يتغير والاصل فى سراية الافعال أن لا يبقى الاول بعد ما حدثت السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسبيبا الى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبيب لا يوجب القصاص وعن محمد رحمه الله فى المسألة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه ووجهه أن سراية الفعل تنسب الى الفعل شرعا حتى يجعل

انسان واحد وقد صار بعض تلك الجناية مالا لانهم اتفقوا أن فى العينين يجب الارش فاذا صار بعض الجناية مالا صار كله مالا ألا ترى أنه لو قطع يده فشل ما بقى يسقط القصاص وتجب دية اليد فكذلك ههنا وأما مذهبهما فلان هذه جنايتان فى مكانين مختلفين ولا مدخل لاحدهما فى الآخر مالا اه اتقانى (قوله فلا قود) أى فى المسائل الاربع التى ذكرها المصنف على قول أبى حنيفة الاولى من المسائل الاربع ما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه الثانية ما اذا قطع اصبعا فشلت أخرى الثالثة ما اذا قطع المفصل الاعلى فشل ما بقى أو كل اليد الرابعة ما اذا كسر نصف سنه فاسود ما بقى فالثالثة والرابعة لا خلاف فيهما بين أبى حنيفة وصاحبيه والاولى والثانية خلافيتان وقد مشى المصنف فيهما على قول الامام كما هو دأبه اه قال الشيخ باكير ولا خلاف فى المسألة الثالثة والرابعة اه (قوله يجب أرش كل واحد منهما كاملا) فيجب ارش الموضحة ودية العينين فى المسألة الاولى ويجب دية الاصبعين فى المسألة الثانية اه (قوله ولابى حنيفة أن الجزاء) أى الجزاء مقيد اه (قوله والتسبيب لا يوجب القصاص) قال الكرخى فى مختصره قال ابن سماعة فى نوادره سمعت محمدا قال فى رجل شج رجلا موضحة عمدا بحديدة أو عصا فذهبت عيناه بذلك والعين قائمة وقد ذهب الضوء قال أقتص من ذلك كله لان هذا عمد الى هنا لفظ الكرخى اه اتقانى

بجعل الفاعل مباشر السراية فيؤخذ به كما لو سرى الى النفس فانه يجب القصاص ويعتبر قتلا
بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع اصبعا فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب بها سمعه أو
كلامه حيث لا يجب القصاص فى الشلاء والسمع والكلام وانما يجب فى المقطوعة والموضحة فقط لانه
لا يجب القصاص فى الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفى البصر يجب لامكان الاستيفاء ألا ترى
انه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب القصاص فى البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو
كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص
فيها ولو شجه فأوضحه ثم شجه أخرى فأوضحه فتآكلتا حتى صارتا شيأ واحدا فلا قصاص فيها فى المشهور
وعلى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه قال رحمه الله (وان قلع
سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الارش) وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا عليه الارش كاملا
لان الجناية وقعت موجبة له والذى نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال انسان فحصل
للمتلف عليه مال آخر ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبى فنبت
مكانها أخرى لا يلزمه شئ بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى
فلم تفت المنفعة ولا الزينة وعن أبى يوسف رضى الله عنه أنه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل
هنا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند أبى حنيفة رضى الله عنه ولو نبتت
الى النصف فعليه نصف الارش ولو قلع سن غيره فردها صاحبها مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع
كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفى النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد الى
حالها الاولى بعد النبات فى المنفعة والجمال وأما اذا عادت فلا شئ عليه كما لو نبتت وكذا لو قطع اذنه
فألصقها فالتحمت يجب على القاطع أرشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال رحمه الله (وان أقيد
فنبتت سن الاول يجب) معناه اذا قلع رجل سن رجل فأقيد أى اقتص القالع ثم نبتت سن الاول المقتص
له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت
ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا وينبغى أن ينتظر اليأس
فى مثل ذلك القصاص خوفا من مثله الا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت
فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ثم اذا نبتت تبين انا أخطأنا
فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير انه سقط القصاص للشبهة فيجب المال وفى النهاية الصحيح أنه يستأنى فى
سن البالغ حتى يبرأ لان نباته نادر ولا يفيد تأجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة
ولو ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر أثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول
للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول
للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب
لانه منكر وقد مضى الاجل الذى ضرب للتبيين ولو لم تسقط فلا شئ على الضارب ولو اسودت بالضرب
أو احمرت أو اخضرت يجب الارش كله لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الامكان وكذا اذا
كسر بعضه واسود الباقى أو احمر أو اخضر يجب فيه الارش كاملا ولا يجب فيه القصاص لما قلنا
فأوجب فى الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغى أن يفصل بين الاضراس
التى لا ترى وبين العوارض التى ترى فيجب فى الاول حكومة عدل ان لم يفت به منفعة المضغ وان فات
يجب الارش كله وفى الثانى يجب الارش كله كيفما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة
عدل وقال زفر رحمه الله يجب فيها أرش السن كاملا لان الصفرة تؤثر فى تفويت الجمال كالسواد ولنا
أن الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن فى أصل الخلقة فى بعض

(قوله فصار كما لو أتلف مال انسان الخ) وكذا لو قطع غصنا لرجل فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان وكذا لو حصد زرعا أو بقلا فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقلوع اهـ عمادى فى ٣٢ (قوله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول) أى فيما سقط بضربه أى اختلفا فى سبب السقوط قال الضارب سقطت بضربة غيرى وقال المجنى عليه بل بضربتك اهـ معراج (قوله فأوجب) أى محمد اهـ

الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة الا أن كان الجمال في البياض فيجب في الصفرة حكومة عدل وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن الصفرة في الحر لا توجب شيأ وفي العبد توجب حكومة عدل لان الصفرة من ألوان السن والمقصود من السن الانتفاع بها والصفرة لا تخل به غير أن المقصود من المملوك المالية وهي قد تنتقص بالصفرة وان اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار انكاره له كانكاره أصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا أن يقيم الضارب البينة انه بغيره قال رحمه الله (وان شج رجلا فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله فكأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه للطبيب وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف رحمه الله عليه أرش الالم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين أو بشبهة العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيأ لانه لا قيمة لمجرد الالم ألا ترى أن من ضرب انسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش وكذا لو شتمه شتما يؤلم قلبه لا يضمن شيأ قال رحمه الله (ولا قود بجرح حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه أحمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن يسري الى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح الا بالبرء فيستقر به قال رحمه الله (وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته في مال القاتل وكذا ما وجب صلحا أو اعترافا أو لم يكن نصف العشر) أي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق بالمخطئ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذي وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستئصال بالجاني والتحميل تحرز عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دون أرش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات والتأجيل في دية القتل خطأ ثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد فلا يستحق التخفيف فتجب حالا ألا ترى أن تحميل العاقلة لما كان تخفيفا عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل المقتول وحقه في نفسه حال فكذا في البدل تحقيقا لمعنى الجبر ولنا أن هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما اذا وجب بالقتل خطأ أو شبه عمد أو بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتأجل الا بالشرط كسائر العقود والمعنى فيه أن المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال حالا زيادة على

ما أوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا يجوز إيجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدرا قال رحمه الله (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث والمعتوه كالصبي) وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا لا خطأ وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة لانهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لانهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم إذا سرقوا لا تقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق منه لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانهم أهل الغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا أن مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم أعذر أولى بهذا التخفيف فتجب على العاقلة إذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه فلا يسلك به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهم عديمو العقل أو قاصروه فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من أهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتستره ولانهم مرفوعو القلم ولان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة بمعنى أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون دائرا بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك يبتنى على الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة

﴿فصل في الجنين﴾ قال رحمه الله (ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا تجب غرة نصف عشر الدية) الغرة الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل انما سمى ما يجب في الجنين غرة لانه أول مقدر ظهر في باب الدية وغرة الشئ أوله كما سمى أول الشهر غرة وسمى وجه الانسان غرة لانه أول شئ يظهر منه والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل ولو كان الجنين ذكرا وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والقياس أن لا يجب شئ في الجنين لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان نقصت والا فلا يجب شئ والقياس أن يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجب قيمة ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذا وجب على المحرم قيمة بيض الصيد بكسره وجه الاستحسان ما روى أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخاري ومسلم وأحمد وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس من وجه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام دوه والدية

﴿فصل في الجنين﴾ لما ذكر أحكام القتل المتعلق بالآدمي من كل وجه شرع في بيان ما في الآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما قاله شمس الائمة السرخسي في أصوله الجنين ما دام مجتنا في البطن ليست له ذمة لكونه في حكم جزء من الام ولكنه منفرد بالحياة معد ليكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية ولاعتبار الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فأتلفه صار ضامنا ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه اهـ اتقاني وكتب على قوله الجنين والجنين هو الولد في بطن الام سمى به لاجتنانه أي لاستتاره في البطن اهـ اتقاني (قوله وقيل انما سمى ما يجب في الجنين غرة الخ) قال في شرح الكافي وانما سمى الغرة غرة لانه أقل المقادير في الديات وأقل الشئ أوله في الوجود وسمى غرة لمعنى الأولية ولهذا سمى أول الشهر غرة لانه أول ما يبدو عند النظر اهـ غاية (قوله والقياس أن لا يجب شئ في الجنين) لانه يحتمل أنه مات بفعله ويحتمل أنه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك لانه لا يجب شئ في أجنة البهائم ألا ترى أن من ضرب شاة فألقت جنينا ميتا كان عليه نقصانها ولا شئ عليه في الجنين اهـ غاية (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أي للالزام وانما قيد به لان الظاهر يعتبر اذا لم يكن فيه الزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل جاز لان الظاهر منه سلامة الاعضاء اهـ غاية (قوله أو وليدة) قال ابن الاثير الوليد هو الطفل فعيل بمعنى مفعول ثم قال والجمع ولدان والانثى وليدة والجمع الولائد وقد تطلق الوليدة على الجارية والامة وان كانت كبيرة اهـ (قوله وهي على العاقلة عندنا) لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم ولا تعقل ما دونها اهـ اتقاني (قوله ولنا أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة الخ) قال الاتقاني وأوجبنا الغرة بالحديث وهو ما روى محمد بن الحسن في موطئه عن مالك عن ابن شهاب عن

بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الجنين يقتل فى بطن امه بغرة عبد أو وليدة فقال الذى قضى عليه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك بطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هو من اخوان الكهان وقال محمد أيضا أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن امرأتين من هذيل استبتا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمت احداهما الاخرى فطرحت جنينا فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة قال محمد وبهذا نأخذ اذا ضرب بطن المرأة الحرة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو أمة أو خمسون دينارا أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية فان كان من أهل الابل أخذ منه خمس من الابل وان كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشاء نصف عشر الدية الى هنا لفظ محمد فى موطئه اه اتقانى (قوله ويستوى فى الجنين الخ) يعنى أن الواجب فى جنين الحرة خمسمائة سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى ولا يفضل الذكر على الانثى فى ايجاب الغرة لان الحديث ورد باسم الجنين مطلقا ومطلقه يشمل الجميع اه اتقانى (قوله ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها الخ) قال فى الكافى ولنا أن الضمان انما وجب من حيث كونه أصلا فى نفسه لا من حيث كونه جزأ فان ضمان الجزء انما يجب عند ظهور النقصان فى الاصل وهنا بخلافه واذا كان بدل نفسه فكان تقديره أولى لان الضمان يجب جبرا للفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتبار قيمته أولى من اعتبار قيمة أمه غيرأنا أوجبنا عشر القيمة أو نصف عشر القيمة اعتبارا بجنين الحرة فانه ثم يجب نصف عشر الدية ان كان ذكرا أو عشر الدية ان كان أنثى وهو خمسمائة والقيمة فى المماليك كالدية فى الاحرار فيجب اعتبار الدية بالقيمة فيؤدى الى هذا ضرورة فان قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان أنثى أكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا وفى الديات يفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذا تسوية فى الحقيقة والتسوية جائزة بيننا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون فى المنفصل لا فى الاجنة لانه لا مالكية فى الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى فى معنى النشو تساوى الذكر وربما تكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور اه وقال فى الفتاوى الظهيرية وفى جنين المملوك نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وهما فى المقدار سواء من حيث الشرع لقيام قيمة كل واحد منهما مقام الدية فحينئذ لا معتبر بالتفاوت اه وقال صاحب الهداية فى كتابه المسمى بمختارات النوازل وفى جنين الامة ان كان ذكرا نصف عشر

بدل النفس وتجب فى سنة وقال الشافعى رحمه الله فى ثلاث سنين لانه بدل النفس ألا ترى أنه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو ولنا ماروى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة فى سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو أيضا من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبهين بالاول فى حق التوريث وفى وجوب الدية وان لم يحصل بالام نقصان وبالثانى فى حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل يجب فى سنة واحدة بخلاف أجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها فى ثلاث سنين حتى لو قتل عشرة أنفس يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ويستوى فى الجنين الذكر والانثى لاطلاق ماروينا ولان التفاوت فى الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الآدمية فى المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك سوى المال فكان الذكر أزيد فيما هو من خصائص الآدمية وهذا المعنى فى الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيأ من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوى الذكر والانثى فيها ولانه قد لا يعرف الذكر من الانثى فيتقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا قال رحمه الله (فان ألقته حيا فمات فدية) أى تجب دية كاملة لانه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله (وان ألقته ميتا فماتت الام فدية وغرة) لما روينا ولانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كما اذا رمى فأصاب شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطأ وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية قال رحمه الله (وان ماتت فألقته ميتا فدية فقط) وقال الشافعى رحمه الله تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا ألقته ميتا وهى بالحياة ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون فى معنى ماورد به النص اذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك وان ألقته حيا بعد ما ماتت يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه قتلهما فصار كما اذا ألقته حيا ومات قال رحمه الله (وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) وانما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيأ لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحمه الله (وفى جنين الامة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى) وقال الشافعى تجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة

ولنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له فى الشرع والدليل على انه بدل نفسه أن الامة أجمعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد ذلك أن ما يجب فى جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان فى ضمان الطرف لانه لا يورث وانما يختلفان فى ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث فى الحر فاذا ثبت أنه ضمان النفس كان ديته مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما فى سائر المضمونات ولا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أنه لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان أنثى فكذا فى جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وعن أبى يوسف أنه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهائم وهذا على أصله يستقيم لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقا ولهذا يجاوز به دية الحر عنده والاول هو الظاهر اعتبارا بالحرة لان الوجوب للصيانة وهما فى الحاجة اليها سواء هذا اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور وأما اذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة فى جنين الحرة ذكرا كان أو أنثى لانه حر قال رحمه الله (فان حرره سيده بعد ضربه فألقته فمات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حى فاعتبرنا حالتى السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لانه رقيق حينئذ وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كانه ضربه فى الحال وكان ينبغى أن يجب ما نقص بضربه الى أن يوجد العتق كما لو قطع يد عبد أو جرحه فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته الى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فجعل كأن الضرب لم يوجد فى حق الجنين لان المقصود بالضرب الام وأوجب القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه تجب عليه القيمة للمولى لان الرمى ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شئ بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لانه جناية فى الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا له من وقت الرمى لانه الفعل المملوك له وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن أى الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو من الجامع الصغير ووجهه أن الضرب وقع على الام فلم يعتبر جناية فى حق الجنين الا بعد الانفصال حيا ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا تعتبر فى حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فأشبه الرمى الذى تم من الرامى ولا يعتبر فى حق المرمى اليه الا بعد الاصابة وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان العتق قاطع للسراية قال رحمه الله (ولا كفارة فى الجنين) وقال الشافعى تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها فى النفوس المطلقة فلا يتعداها لان العقوبة لا يجرى فيها القياس وقول الشافعى متناقض فيه لانه كان يعتبره جزأ حتى أوجب عليه عشر قيمة الام وهنا اعتبره نفسا حتى أوجب عليه الكفارة ونحن اعتبرناه جزأ من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبرع بها هو لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى

قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى اعتبارا بالحر لان الغرة فيه نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى الا أن الدية مقدرة والقيمة غير مقدرة فتتفاوت غرة جنين الامة بتفاوت القيمة اهـ وقال فى شرح الدرر المسمى بالغرر عند قول المصنف فنصف قيمته حيا وعشرها أنثى لان تقدير الشرع لما ورد فى جنين حر بعشر دية حرة ولم يرد فى جنين رقيق وجب التقدير فيه من القيمة لانها فى المملوك كالدية فقدر فيه بين ذكر وأنثى بما ذكر المصنف نفيا للتفاوت بين غرتيهما اذ فى العادة قيمة الذكر أزيد من قيمتها بكثير واذا اشتبه ذكورته وأنوثته أخذ بالاقل المتيقن والمعتبر فى القيمة حال الولادة وتصرف الى سيده اهـ (قوله وأما اذا كان من أحدهما الخ) وجنين المسلمة والكافرة سواء وبه صرح فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله وقال فخر الاسلام) أى البزدوى فى شرح الجامع الصغير اهـ اتقانى ﴿فرع﴾ قال الفقيه أبو الليث ولم يذكر محمد رحمه الله فى الجامع الصغير أن القيمة تكون للمولى أو تكون ميراثا من المضروب فيجوز أن تكون القيمة ميراثا لان المولى لما أعتقه فقد بطل حق نفسه فصار فى الميراث حكمه حكم الاحرار ويجوز أن يقال ان القيمة للمولى لانه لما وجب على القاتل القيمة صار كأن الرجل قتل مملوكه لان وجوب الضمان استند الى الضرب ووقت الضرب كان مملوكا كذا قال الفقيه اهـ اتقانى قوله فصار فى الميراث حكمه حكم الاحرار وهو قياس قول الائمة الثلاثة اهـ كاكى (١) وأما قوله لا كفارة على الضارب فلان القتل غير متحقق لجواز أن الحياة لم تخلق فيه والكفارة انما تجب

(١) هكذا بياض بالاصل

[illegible] على الله عليه وسلم لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة ولو وجبت الكفارة لذكرها اه اتقانى (قوله ولانه ولد فى حق الاحكام كأمومية الولد) أى اذا ادعاه المولى اه غاية (قوله فى المتن وان شربت دواء لتطرحه الخ) قال فى الفتاوى الصغرى المرأة اذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء لتسقط ولدها فاسقط يضمن عاقلتها الغرة ونقله عن الزيادات وقال فى الواقعات فى باب الديات امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فألقت جنينا حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية فى ثلاث سنين ان كان لها عاقلة فان لم يكن فذلك فى مالها ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة ولو ألقت جنينا ميتا تجب الغرة على العاقلة فى سنة واحدة ولو كان الشرب لاصلاح البدن فلاشئ عليها ولا ترث منه شيأ اه اتقانى

كان أفضل له و يستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذى استبان بعض خلقه كالتام فى جميع ماذكرنا من الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد فى حق الاحكام كأمومية الولد وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولانه به يتميز من العلقة والدم ولابد منه قال رحمه الله (وان شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن) لانها أتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هى من الغرة شيأ لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدى ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلاشئ عليها ما لم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين أنه ليس بمالك لها وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهى متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم فى جناية المملوك والله أعلم

﴿باب ما يحدثه الرجل فى الطريق﴾

قال رحمه الله (ومن أخرج الى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو دكانا فلكل نزعه) أى لكل أحد من أهل الخصومة مطالبته بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر أو الذمى لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنقضه كما فى الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر فى ماله بخلاف الذمى هذا اذا بنى لنفسه وأما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روى عن محمد رحمه الله وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو أراد به ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما فى قدرته علم أنه متعنت ثم الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها فى أنه هل يحل له احداثه فى الطريق أم لا والثانى فى الخصومة فى منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث فى ضمان ما يتلف بهذه الاشياء أما الاحداث فقد قال شمس الائمة رحمه الله ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك فان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع فى الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه واذا أضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التأخير اذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تأخيره وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر بأحد وان أضر لم يجز لما قلنا وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة رحمه الله لكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رأيه لان التدبير فى أمور العامة الى الامام وعلى قول أبى يوسف

﴿باب ما يحدثه الرجل فى الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل بالمباشرة شرع فى بيان أحكام القتل بطريق التسبيب والضرب على بطن المرأة مباشرة فى قتل الجنين وقدم المباشرة لانه قتل بلا واسطة والتسبيب بالواسطة ولان القتل بالمباشرة أكثر وقوعا فكان أمس حاجة الى معرفة أحكامه اه كاكى قوله لانه قتل بلا واسطة أى فكان أصلا اه (قوله أو جرصنا) الجرصن جذع يخرجه الانسان من الحائط الى الطريق ليبنى عليه وفسره الفقيه أبو الليث بالبرج الذى يكون فى الحائط وقال فخر الاسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب فى الحائط ناتئ فكيفما كان فهو يشغل حق المسلمين وهو فارسى معرب اذليس فى العربية كلام على هذا التركيب أعنى الجيم والراء والصاد بل مهمل فى كلامهم اه اتقانى (قوله كما فى الملك المشترك) رحمه أى فان لكل واحد من الشركاء حق النقض فيما أحدثه غيره فيه اه (قوله لان خصومة المحجور عليه الخ) فكذا فى حق غيره كذا فى الدراية نقلا عن المبسوط اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام) الحديث كما ثبت فى الفردوس لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء لان الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك اه مغرب (قوله فقال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس) وفى الجمهرة ضربت عرض الحائط وعرض الجبل

رحمه الله لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار فى يد مخاصمة والذى يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة ولكل أحد يد فيه والذى يريد الاحداث يقصد ابطال أيديهم العامة وادخاله فى يده الخاصة فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك وعلى قول محمد رحمه الله ليس لاحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له فى احداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له ذلك ان لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الامام بل أولى لان اذن الشارع أحرى وولايته أقوى فصار كالمرور حتى لا يجوز لاحد أن يمنعه منه وجوابه أن هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا فى نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه قال رحمه الله (وله التصرف فى النافذ الا اذا أضر) أى له أن يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره فى الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه والخلاف الذى فيه فلا نعيده قال رحمه الله (وفى غيره لا يتصرف الا باذنهم) أى فى غير النافذ من الطرق لا يتصرف أحد باحداث ما ذكرنا الا باذن أهله لان الطرق التى ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف فى الملك المشترك من الوجه الذى لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل أضر بهم أو لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده فى حق الانتفاع ما لم يضر بأحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما قال رحمه الله (فان مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بئرا فى طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان) أى اذا مات انسان بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه الى الطريق لانه متسبب لهلاكه متعد فى احداث ما يتضرر به المارة باشغال هواء الطريق به أو باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقضه انسان ولو عثر بما أحدثه هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان فى الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على أحد لانه وضع ذلك فى ملكه فلا يكون متعديا فيه وان أصابه ما كان خارجا منه فالضمان على من وضعه لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما اذا جرحه انسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم أى طرف أصابه ففى القياس لا يجب عليه شئ لانه ان أصابه ما كان خارجا يضمن وان أصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفى الشغل شك وفى الاستحسان يضمن النصف لانه فى حال يضمن الكل وفى حال لا يضمن شيأ فيضمن النصف ولا يقال ينبغى أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لانه يضمن فى حال النصف وهو ما اذا كان أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة أرباع لان أحوال الاصابة حالة واحدة فلا تتعدد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط فى ملك المشترى على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشترى لان المشترى لم يشهد عليه وهو شرط فى الحائط المائل وفى حق البائع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق بعد البيع فيضمن ألا ترى أن ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المستعير أو الغاصب يضمن وفى الحائط لا يضمن غير المالك ولو وضع فى الطريق جمرا

وكذلك عرض النهر أى ناحيته وأراد به هنا أضعف الناس وأرذلهم اهـ اتقانى (قوله وعلى قول محمد الخ) وفى العمادية حكى الخلاف بين الصاحبين على عكس هذا اهـ (قوله والمانع منه متعنت) والمتعنت هو الذى يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره اهـ اتقانى (قوله لا يملك الا باذن الكل) قال الاتقانى ليس له أن يفعل ذلك سواء أضر بهم أو لم يضر الا أن يأذنوا له وهم كلهم بالغون اهـ (قوله فى المتن فان مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته) ولا تجب عليه الكفارة ولا يحرم الارث كما سيجىء فى الصفحة الآتية فى أثنائها وآخرها اهـ (قوله لان الواقع كالمدفوع على الآخر) يعنى يصير المحدث فى الطريق كالدافع للعاثر على الذى سقط العاثر عليه اهـ (قوله لان أحوال الخ) جواب لا يقال اهـ (قوله ثم باع الخشبة) وبرئ اليه منها اهـ هداية

فاحترق به شئ يضمنه لانه متعد فيه ولو حركت الريح عينا لجمر فحولته الى موضع آخر فاحرق شيأ لا يضمن لنسخ الريح فعله بالتحويل وان حركت الشرار يضمن عند بعضهم لان العين باقية فلم ينسخ فعله فكانت الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن وان حولته أيضا لانه فعل ذلك مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فيضمن كمباشرته أو بمنزلة دابة جالت في رباطها ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل أن يفرغوا من العمل فقتل انسانا فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة و يحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا على وجوه اما أن قال لهم ابنوا الى جناحا على فناء داري فانه ملكي أولي فيه حق اشراع الجناح من القديم ولم يعلموا الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شيأ فالضمان على الاجراء و يرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لان الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح و يرجع الذابح به على الآمر فكذا هذا وإما أن قال لهم أشرعوا الى جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الاشراع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فأتلف شيأ ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الآمر قياسا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذا في جواب القياس لان المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاره وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بيتا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيأ لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث إنه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان أمر الآمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر في الطريق لان كل واحد منهم ما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرنا قال رحمه الله (ولو بهيمة فضمانها في ماله) أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط الحجر من بهيمة يكون ضمانها في ماله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبيب بطريق التعدي بخلاف ما اذا كان في ملكه لعدم التعدي وبخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لا يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيأ

(قوله فاحرق شيأ لا يضمن) وكذلك كل شئ وضعه في الطريق فتغير من ذلك الموضع فقد برئ من الضمان لانه لا يبقى أثر الفعل الاول وهو كونه موضوعا في ذلك المكان لاعتراض فعل آخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن) يعني اذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر عن مكانه فأحرق شيأ يضمنه وهو اختيار الامام السرخسي وكان شمس الائمة الحلواني لا يقول بالضمان اذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل اه اتقاني

وكتب على قوله ريحا قال في مجمع البحرين وراح اليوم يراح اذا اشتد ريحه و يوم راح شديد الريح فاذا كان طيب الريح قالوا ريح بالتشديد ومكان ريح أيضا (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل كالقتلة جمع قاتل اه (قوله فالضمان عليهم) اذا استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه أو في فنائه ينظر حكمه عند قوله ومن جعل بالوعة الخ فراجعه اه وسيأتي في الصفحة الآتية ما اذا استأجر أجيرا ليبني له فناء حانوته اه (قوله لانه تسبيب) والكفارة وحرمان الارث يثبتان بالقتل حقيقة اه (قوله كما لو استأجر الخ) انظر ماذكره في الورقة الآتية عند قوله ومن جعل بالوعة الخ اه (قوله ويرجع الذابح به على الآمر) أي لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور و يرجع المغرور اه هداية (قوله من حيث ان) الذي بخط الشارح من حيث انه اه (قوله على معنى أنه يباح له الانتفاع) أي من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان قاله الشارح فيما سيأتي عند قوله ومن جعل بالوعة الخ اه وانما (قوله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال) قال الاتقاني لان العاقلة لا تتحمل غير الآدمي كالديون قال الكرخي في مختصره فما كان من جناية بذلك في بني آدم فهو مضمون على العاقلة اذا بلغ القدر الذي عرفتك أن العاقلة تحمله وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله وما كان من جناية على غير بني آدم فهو في ماله دون عاقلته اه

وانما قصد اماطة الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به انسان ضمن لوجود التعدى بشغله الطريق ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلفت به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول قد انتسخ وكذا اذا صب الماء فى الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعه لان لكل أحد من أهلها أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة بخلاف الحفر فانه ليس من ضرورات السكنى فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن فى السكة ما نقص بالحفر وفى الدار المشتركة يضمن لان لشريكه ملكا حقيقة فى الدار حتى يبيع نصيبه و يقسم بخلاف السكة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق فيه عادة وأما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا أو أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا اذا رش جميع الطريق لانه مضطر الى المرور فيه وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق وفى أخذها جميع الطريق أو بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا ولو استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فأصاب انسانا فمات فان كان بعد فراغه يجب على الآمر استحسانا وان بنى فى وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر وان حفر بالوعة فى الطريق فان أمره السلطان بذلك لا يضمن لانه غير متعد فيه لان له ولاية فى أمور العامة و بغير أمره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدى لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرنا وغيره لان المعنى لا يختلف وفناء داره كداره حتى لا يضمن ما عطب بما حفره فيه لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر بأن أذن له الامام أو كان لا يضر بأحد لانه غير متعد فيه أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان فى سكة غير نافذة يضمنه لانه مسبب متعد فيه وهذا صحيح ولو وقع رجل فى البئر المحفور فى طريق العامة فمات فيه جوعا أو عطشا أو غما فلا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانه مات بمعنى فى نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله فى الجوع كذلك وان مات غما يجب الضمان لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه أما الجوع والعطش فلا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن فى الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب الوقوع ولولا ذلك لتناول الخبز والماء قال رحمه الله (ومن جعل بالوعة فى طريق بأمر سلطان أو فى ملكه أو وضع خشبة فيها) أى فى الطريق (أو قنطرة بلا اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن) لان حفر البالوعة باذن الامام أو فى ملكه ليس بتعد ووضع الخشبة والقنطرة بلا اذن الامام وان وجد التعدى منه فيهما لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع النسبة الى الواضع لان الواضع مسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبيب معه وقد بيناه وأمثاله فيما مضى وان استأجر أجراء يحفرون له فى غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه لان أمره قد صح اذا لم يعلموا فنقل فعلهم الى الآمر لانهم مغرورون من جهته فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أنه فى الشاة يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لان أمره لم يصح لانه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقى الفعل مضافا اليهم ولو قال لهم هذا فنائى وليس لى حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفى الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له

(قوله لان فعل الاول قد انتسخ) لان هذا شغل جديد حصل بفعل الذى نحاه وهو متعد فى ذلك اهـ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فان قالوا هذا محتسب فيما يفعل حيث أماط الاذى عن الطريق قلنا بلى ولكنه أخطأ الحسبة حيث شغل موضعا آخر من الطريق والحسبة التامة أن يطرحه فى موضع لا يكون ممرا أو يطرحه فى حفرة فى الطريق على وجه تمتلئ الحفرة فيصير محتسبا من وجهين اهـ اتقانى

بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان أمرا ظاهرا في ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فلهذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام رحمه الله اذا كان الطريق معروفا أنه للعامة ضمنوا سواء قال لهم انه لى أو لم يقل لعلمهم بفساد أمره قبل قال رحمه الله (ومن حمل شيأ في الطريق فسقط على انسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف أو الى الصيد قال رحمه الله (ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا) أى لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشئ المحمول أن حامل الشئ يقصد حفظه فلا يحرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله تعالى اذا لبس زيادة على قدر الحاجة أو ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه وسقوط الضمان باعتبار الحموم البلوى قال رحمه الله (مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوى فيه أهل المسجد وغيرهم وله أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم في حق الكراهية وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيدا بها وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا وكما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذى أو لدفع الظلم فعثر به غيره يؤجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله وقال الحلوانى أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابن سلام بانى المسجد أولى بالعمارة والقوم أولى بنصب الامام والمؤذن وعن الاسكاف البانى أحق بذلك قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب والقوم يرون من هو أصلح لذلك والله أعلم قال رحمه الله (وان جلس فيه) أى في المسجد (رجل منهم فعطب به أحد ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان فيها لا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو التعليم أو للصلاة أو نام فيه في الصلاة أو في غيرها أو مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وأنتم عاكفون في المساجد فاذا بنيت لهما لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه من ضروراتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر فيتناوله النص دلالة وله أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل أن المسجد اذا ضاق على المصلى كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى أو بقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفا وليس لاحد أن يزعج المصلى عن مكانه الذى سبق اليه لما أنه بنى لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفى العادة أيضا لا يعرف بناء المسجد الا للصلاة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان السكون فيه في حق الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفى حق غيرها مقيدا بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة ألا ترى أن من وقف في الطريق لاصلاح

ذات البين كان قربة فى نفسه ومع هذا يضمن اذا تلف به شئ ولا فرق فيه بين أن يكون الرجل من أهل المسجد أو من غيرهم فى الصحيح وذكر صدر الاسلام أن الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله فى كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر فى الذخيرة أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو تدريس أو الذكر اختلف فيه المتأخرون على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازى وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجانى حكى ذلك كله فى النهاية

﴿فصل فى الحائط المائل﴾ قال رحمه الله (حائط مائل الى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال ان طالب نقضه مسلم أو ذمى ولم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب لان البناء كان فى ملكه مستقيما والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان مروى عن على رضى الله عنه وعن شريح والنخعى والشعبى وغيرهم من أئمة التابعين ولان الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه فى قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع مع تمكنه منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه فى يده بعده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذارا الوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لانه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمى الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين وكقطع اليد المتآكلة ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة لانها تتحمل تخفيفا عنه كى لا يؤدى الى الاستئصال فهو أحق بذلك لان جنايته دون الخطأ فيكون أدعى الى التخفيف وقال محمد رحمه الله لا تتحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه فى النقض وعلى أنه مات بالسقوط عليه وعلى أن الدار له لان اقراره لا يكون حجة على غيره والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل المال والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل أن يقول ان حائطك هذا مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيأ أو اهدمه فانه مائل صح الطلب وصار اشهادا اذا كان بحضرة الشهود وكذا لو قال اشهدوا أنى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا صح أيضا ولو قال له ينبغى لك أن تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ويشترط أن يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصى فى ملك الصغير أو الجد أو العبد التاجر كان عليه دين أولا والتالف به يكون فى رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن فى الدار المرهونة لانه يقدر على الهدم والى المكاتب ثم ان أتلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته

﴿فصل فى الحائط المائل﴾ لما ذكر أحكام القتل الذى يحصل بمباشرة الانسان أو تسببه شرع فى بيان القتل الذى يتعلق بالجماد الذى لا اختيار له أصلا وهو الحائط المائل وذكر مسائله بلفظ الفصل فى أولها لا بلفظ الباب (147) اشارة الى أن ما فى هذا الفصل نوع مما يحدثه الرجل فى الطريق اه اتقانى وكتب ما نصه من حق هذا الفصل أن يؤخر عن مسائل جميع الحيوانات لانه جماد والجماد مؤخر عن الحيوان الا أنه ذكره هنا لمناسبة وهو أن الحائط تناسب الجرصن والروشن وغيره فلهذا ألحقه بها اه كاكى (قوله فاذا تقدم) على صيغة المبنى للمفعول من ماضى التقدم اه اتقانى (قوله وكقطع اليد المتآكلة) قال الاتقانى وقطع اليد المتآكلة عند خوف هلاك النفس اه (قوله ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة) ولا كفارة عليه لانه ليس بمباشر فيما أصاب الحائط اه اتقانى (قوله وعلى أن الدار له) قال فى شرح الطحاوى فاذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الاشياء فلا ضمان عليهم حتى يشهد الشهود بذلك ولو أقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه فى ماله ولا يجب على العاقلة اه اتقانى (قوله فكان من باب الاحتياط) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه ذكره فى التحفة اه (قوله والى المكاتب) قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل الى الطريق الاعظم فأشهد عليه ثم سقط فأتلف انسانا فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن دية المقتول فان أدى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف انسانا ففيه دية القتيل على عاقلة مولاه بخلاف ما اذا أخرج جناحا أو كنيفا ثم عتق ثم وقع وقتل انسانا كان عليه

لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد التجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكنها باجارة أو اعارة أو الى المرتهن أو المستأجر أو المودع لا يعتدّ به حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض ويشترط للضمان أن تمضى مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى اذا أشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد قبل أن يهى الحائط لانعدام التعدى ابتداء وانتهاء ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين لانه شهادة على التقدم لا على القتل وسوّى فى المختصر بين أن يكون المطالب بالنقض مسلما أو ذميا لان الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم اليه من أىّ من كان بعد أن كان بالغا عاقلا حرًّا أو مكاتبا ذكرا كان أو أنثى لانه مطالبة حق فلا يختص بأحد من الاهل بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا بأهل لمطالبة حقهم فكذا الحق العامة الا اذا أذن لهم المولى أو الولى فى الخصومة فحينئذ جاز طلبهم واشهادهم لانهم بالاذن التحقوا بالحر البالغ ثم بعد الاشهاد تكون خصومة عند السلطان أو نائبه كما فى سائر الخصومات قال رحمه الله (وان بناه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب) لانه تعدّى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق قال رحمه الله (وان مال الى دار رجل فالطلب الى ربها) لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه لان له المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها قال رحمه الله (فان أجله أو أبرأه صح بخلاف الطريق) أى ان أجله صاحب الدار أو أبرأه جاز تأجيله وابراؤه حتى لو سقط فى الابراء أو قبل مضى المدة فى التأجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرنا بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام فأجله القاضى أو من أشهد عليه أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل والابراء الا فى حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضى ولا لغيره أن يبطل حقهم وهو المراد بقوله بخلاف الطريق والساكن فى الدار كالمالك فيه حتى يصح تأجيله وابراؤه لما ذكرنا قال رحمه الله (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ضمن نصف الدية فى الفصلين لان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفى الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شريكه متعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين كما اذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الاسد ولابى حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فتجتمع العلل فاذا كان كذلك يضاف التلف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة أم كبرت على ما عرف فى موضعه الا أن التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح التقدم اليه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بطريقه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر بأى طريق كان ولا تتعين بالهدم ولو وقع الحائط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ضمن لان النقض ملكه فيكون التفريغ اليه والاشهاد

الاقل من قيمته ومن الدية والفرق ما قلنا أن جناية الحائط كالمبتدى فى كل وقت فكأنه قتل بعد الحرية قتلا ابتداء فأما اخراج الجناح والكنيف فجناية واقعة فلم تجعل مبتدأ بعد العتق بل كان مضافا الى حال الرق اه اتقانى (قوله برئ عن الضمان الخ) ولا يتفاوت الحكم اذا سقط الحائط بعد ما قبضه المشترى أو بعد ما ملكه وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لانه لما باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان انما يجب عليه بترك النقض فاذا لا يتمكن منه وليس هذا كمن أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على انسان ضمن البائع لان نفس الوضع جناية فزوال ملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك فى مسئلتنا لان بناء الحائط لم يكن جناية وانما الجناية ترك النقض واذا صار بحال لا يملك النقض فى حال الوقوع خرج فعله من أن يكون جناية اه اتقانى (قوله لا على القتل) يعنى لو كانت شهادة على القتل لم تقبل شهادة النساء لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه بل هى شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين اه اتقانى (قوله لانه تعدى بالبناء) أى فى ملك غيره ألا ترى أن هواء البقعة فى حكمها ولو بنى فى ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى فى هواء ملك غيره واذا ثبت أنه متعد فى ذلك ضمن ما تولد منه اه غاية قال قاضيخان فى باب الصلح ما نصه من ملك أرضا ملك ما تحتها الى الثرى وما فوقها الى السماء اه (قوله وان كان يسكنها غيره الخ) قال الاتقانى وان كان فيها سكان فالمطالبة اليهم وذلك المستأجر والمعير اه (قوله وهو الثقل) أى فى الحائط اه على (قوله المقدر) أى المهلك اه (قوله والعمق) أى فى البئر اه (قوله المقدر) أى المهلك اه (قوله ولو وقع الحائط على الطريق الخ) قال فى شرح الطحاوى ولو أشهد على الحائط فسقط فتعقل بنقضه أو ميزابه انسان فهلك يضمن فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف

على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود ازالة الشغل بخلاف ما اذا سقط الحائط على انسان ومات فعثر بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثانى لان التفريغ منه الى الاولياء لا اليه ولا يكون الاشهاد على الحائط اشهادا على القتيل بخلاف ما لو كان مكان الحائط جناح والمسئلة بحالها حيث يضمن القتيل الثانى أيضا لان وضع الجناح جناية اذ الوضع فعله فصار كأنه ألقاه عليه بيده ولهذا لا يشترط الاشهاد عليه فيكون ما تولد منه مضافا اليه كالاول فيجب عليه تفريغ الطريق عن القتيل أيضا فاذا لم يفرغ صار جانيا وفى الحائط لم يوجد منه الفعل وانما جعل كالفاعل بترك النقض استحسانا فيظهر ذلك فى حق القتيل الاول دون الثانى فلم يكن سقوط القتيل الاول فى حق الثانى بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه ألا ترى أنه لو باع الحائط أو النقض برئ من الضمان ولو كان بفعله لما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها وحده ولو سقطت الجرة وحدها لا يضمن ما عطب بسقوطها لانه وضعها فى ملكه ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط والله أعلم

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

قال رحمه الله (ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس أو كدمت أو خبطت أو صدمت وما نفحت برجل أو ذنب الا اذا أوقفها فى الطريق) والاصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس وقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقا يؤدى الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء والصدم والكدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم نقيده بها وان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفحة فصار متعديا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وهو المراد بقوله الا اذا أوقفها فى الطريق أو نقول ان الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له ملك يطلق له التصرف فوفرنا حظ الشبهين فجعلناه كملك غيره فى حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه فى حق ما لا يمكن كى لا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم فى الطريق وفى ملكه لا يضمن شيأ من ذلك الا الايطاء وهو راكب لان الايطاء مباشرة لانه قتله بثقله حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة بدون غيره تسبيب وفيه يشترط التعدى فصار كحفر البئر فى ملكه وفى المباشرة لا يشترط وان كان فى ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان فى ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هى من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن شيأ وان أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها أو لم يكن لوجود التعدى بالادخال والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركاء السير والايقاف فيه وباب المسجد كالطريق فى الايقاف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة فى سوق الدواب لانه مأذون له من جهة السلطان وكذلك فلاة وطريق مكة اذا وقف فى غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن أما المحجة فهى كالطريق قال رحمه الله (وان أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن) لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن قال رحمه الله (فان راثت أو بالت فى طريق لم يضمن من عطب به وان أوقفها لذلك وان أوقفها لغيره ضمن) لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهى تسير وكذا اذا أوقفها

ماتلف بالنقض لايضمنه الا اذا أشهد على النقض لان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على النقض ولو لم يتعقل بالنقض ولكن تعقل بميت هلك بالحائط لم يضمن بالاجماع لان رفع الميت ليس على صاحب الحائط ولكن رفع النقض اليه اهـ اتقانى

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

(قوله فى المتن ضمن الراكب ما وطئت دابته الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى واذا سار الرجل على دابة أى الدواب كانت فى طريق المسلمين فأوطأت انسانا بيد أو رجل وهى تسير فقتلته فديته على عاقلة الراكب وذلك لانه مستعمل للدابة من مكان الى مكان وهى مجبورة على هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته غير أنه خاطئ فوجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل حقيقة ولا يضمن ما أتلفت برجلها وهى تسير لانه غير مستعمل لها فى النفحة فلا يجعل قاتلا حقيقة وان كان سببا لذلك على معنى أنه لولا تسييره فى ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولكنه ليس بمتعد فى التسيير فى سوق المسلمين والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدى وقد عدم فلا يؤخذ به اهـ اتقانى (قوله وفى المباشرة لا يشترط) أى التعدى اهـ (قوله المحجة) المحجة معظم الطريق ووسطه اهـ (قوله وعن الكبار من الحجارة ممكن) فالظاهر أنه انما وقع هذا من قبل عنفه فى أمر السوق فيوصف بالتعدى فيؤخذ به اهـ اتقانى

لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد بقوله وان أوقفها لذلك وان أوقفها لغيره فبالت أو راثت فعطب به انسان ضمن لانه متعد في الايقاف اذ ليس هو من ضرورات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم فلا يلحق به وهو المراد بقوله وان أوقفها لغيره ضمن قال رحمه الله (وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) أي كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه لانهما مسببان كالراكب في غير الابطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد ولا ينعكس في الصحيح وذكر القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل لانها بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق وجه الاول وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي رحمه الله يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل قال رحمه الله (وعلى الراكب الكفارة لا عليهما) أي لا على السائق والقائد ومراده في الابطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما شيء بالمحل وكذلك الراكب في غير الابطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالابطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان ألا ترى أن محمدا رحمه الله تعالى ذكر في الاصل أن الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل أن المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بما أضيف الى آخرهما كمسئلة القفة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان قال رحمه الله (ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما أو وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن موت كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بئر في قارعة الطريق

(قوله وان أوقفها لغيره فبالت الخ) قال الاتقاني فأما وقوف الدابة لأمر آخر فليس مما وضع له الطريق فكان تعديا فلم يجعل ما اتصل به عفوا من التلف وان تعذر الاحتراز عنه كمن جرح رجلا ضمن سرايته وان تعذر الاحتراز عنه اه (قوله وعليه بعض مشايخ العراق) ولكن ظاهر الرواية بخلاف ذلك (قوله ومعناه النفحة بالرجل) بيانه أن المراد منه إما أن يكون الوطء بالرجل أو النفحة والاول ليس بمراد بالاجماع لانه ليس بجبار فتعين الثاني والا يلزم الالغاء اه غاية (قوله وكذلك الراكب) أي لا كفارة على الراكب في غير الابطاء اه غاية (قوله ألا ترى أن محمدا الخ) قال الامام الاسبيجابي فان كان سائق وراكب أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما غير أن الكفارة على الراكب وحده اه اتقاني (قوله والصحيح الاول) ينبغي أن يقال وهو الصحيح والجواب عن الاول اه من خط قارئ الهداية (قوله كمسئلة القفة) قال في النهاية كما قالوا في سفينة مملوءة بالطعام أخذ رجل وطرح فيها منا زائدا فغرقت السفينة كان الضمان على الذي وضع المن الزائد اه (قوله كما اذا كان الاصطدام عمدا) أي فانه يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر باتفاق بيننا وبين الشافعي وزفر اه قال في المنظومة في مقالة الشافعي

وقال في المصطدمين هلكا نصف الضمان ساقط اذ شركا

قال في المصفى وهذا اذا كانا حرين وكان الاصطدام خطأ أما في العمد فقولنا كقوله اه أقول وبالله التوفيق عبارة العيني وملا مسكين في شرحيهما تفيد وجوب الدية عندنا في العمد والخطا في الحرين وليس بصواب لما علمت ولعل الذي أوقع العيني رحمه الله في ذلك هو قول الزيلعي بعد ذلك وهذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطا في الحرين ولم يتفطن لقوله هنا في دليل زفر والشافعي كما اذا كان الاصطدام عمدا فان هذا من رد المختلف الى المتفق فيقتضي أن الخلاف في الخطا وأن العمد متفق عليه وقول الشارح في آخر دليلنا وما استشهد به من الاصطدام عمدا الخ يفصح عن أن الاصطدام العمد متفق عليه فساغ للشارح بعد ذلك أن يقول وهذا الذي ذكرناه في العمد والخطا في الحرين فتنبه لذلك والله الموفق اه (قوله أو وقعا فيه) عبارة الشارح بالواو اه

(قوله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية) الا أن العمد ههنا بمنزلة الخطا لانه شبه العمد اذ هو تعمد الاصطدام ولم يقصد القتل ولذا وجب على العاقلة اه (قوله وهذا الحكم الذى ذكرناه الخ) يعنى اذا كان المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر بالاتفاق واذا وقع ذلك خطأ تجب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعى اه اتقانى (قوله ولو كانا عبدين الخ) يعنى اذا اصطدم العبدان خطأ فماتا هدر الدم لان الجناية تتعلق برقبة العبد الجانى ولهذا يدفع فيها الا أن يفديه المولى فلما مات فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى شيأ لان موت العبد لم يكن

من فعله وكذا الحكم اذا كان الاصطدام

الطريق لانه لولا مشيه وثقله فى نفسه لما هوى فى البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة فى حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وروى عن على رضى الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا أو يحمل ما روى عنه انه أوجب النصف على أنهما تعمدا ذلك فانه فى العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية على ما نبينه ويحمل ما روى عنه انه أوجب كل الدية على الخطا توفيقا بينهما وما استشهدا به من الاصطدام عمدا وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر فى الطريق فعل كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر فى حق نفسه أيضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذى ذكرناه فى العمد والخطا فى الحرين ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير المولى به مختارا للفداء ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها فى الخطا ونصف قيمته فى العمد ويأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم من الدية فيما زاد على القيمة أو نصفها لان الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر ما أخلف وهو القيمة أو نصفها فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على أصلهما لانه ضمان الآدمى واذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا ينظر فان وقعا على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه وان وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه فالذى وقع على القفا لا دية له والذى وقع على الوجه فديته على عاقلة الآخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا فديتهما على عاقلة القاطع قال رحمه الله (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فى الشد فصار كأنه ألقاه على الطريق بيده بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يقيد بشرط السلامة ولان اللباس تبع للابس وهو لو وقع فى الطريق وعثر به انسان لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه قال رحمه الله (وان قاد قطارا فوطئ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدى سبب للضمان غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه فى ماله قال رحمه الله (فان كان معه سائق فعليهما) أى اذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما فى التسبيب لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل أما اذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما هو قدامه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق

عمدا منهما جميعا لانه شبه العمد فكان كالخطا فيهدر الدم حيث لم يخلف العبد شيأ لان العبد لا مال له يقال هدر دمه أى بطل اه اتقانى (قوله ويأخذها ورثة الحر) لانه فى الخطا مات بفعل صاحبه وفى العمد مات بفعل نفسه وفعل صاحبه فسقط النصف اه (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد) وعند أبى يوسف على القاتل لانه ضمان مال اه (قوله فوقع كل واحد منهما على القفا) فى الاختيار لم يقيد بالقفا فانظره اه (قوله فديتهما على عاقلة القاطع) أى وضمن الحبل فقيل لمحمد ان وقعا على وجههما اذا قطع الحبل قال محمد لا يكون هذا من قطع الحبل اه اتقانى (قوله فى المتن ضمن عاقلة القائد الدية) وذلك لان القطار بيده يسير بسوقه ويقف بايقافه فكان عليه صيانته فما حدث من ذلك يكون مضمونا عليه فيضاف اليه ما حدث من القطار بتسبيبه فيصير فى الحكم كأنه قتله خطأ فتجب على عاقلته ديته وأورد الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو أن انسانا قاد أعمى فأوطأ الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد الضمان قيل له ينبغى أن لا يجب لان الاعمى بنفسه من أهل وجوب الضمان ففعله ينسب اليه خاصة وأما فعل العجماء جبار لا عبرة له فى حكم نفسه ففعلها ينسب الى القائد اه اتقانى (قوله هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل) أى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما اذا كان السائق يسوق الابل غير آخذ بزمام البعير أما اذا أخذ الزمام فيكون الضمان عليه فى الذى هلك خلفه لا على القائد المقدم لانه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المقدم قائدا لما خلف السائق اه اتقانى

ماهو قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما أصابت الابل التى
بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما أصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان آخذا بزمام
ما خلفه أما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غرم ما أصابه بالايطاء فان
ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى تجرى عليه أحكام المباشر على ما بيناه قال رحمه
الله (وان ربط بعيرا على قطار رجع عاقلة القائد بدية ما أتلف على عاقلة الرابط) أى اذا ربط رجل بعيرا
على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لانه يمكنه أن
يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة
كما فى قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذى أوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على
القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال
التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير
لان الرابط آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفى وجوب الضمان عليه
لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط وأما اذا ربط والابل واقفة ضمنها
عاقلة القائد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما
لحقه على أحد غاية الامر أن يقال انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكن زال ذلك بالقود فصار
كما لو وضع حجرا وحوّله غيره وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من
الضمان لان القائد رضى بذلك ولان التلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل
لا ينفى التسبيب ولا الضمان الا أنا استحسنا فى الرجوع لما ذكرنا قال رحمه الله (ومن أرسل بهيمة وكان
لها سائقا فأصابت فى فورها ضمن) لانه الحامل لها فأضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره
فيما يصلح آلة له والمراد بالسوق أن يمشى خلفها معها وان لم يمش خلفها فما دامت فى فورها فهو سائق لها
فى الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى انقطع السوق وذكر فى النهاية أن المراد بالبهيمة الكلب قال رحمه
الله (وان أرسل طيرا أو كلبا ولم يك سائقا له أو انفلتت دابة فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا) أى
لا يضمن فى هذه الصور كلها أما الطير فلأن بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا
يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا لو أرسل بازيا فى الحرم
فقتل لا يضمن المرسل وأما الكلب فلانه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة
بان يمشى خلفه ولا حكما بأن يصيب على فور الارسال والتعدى يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل
أن الفعل الاختيارى يضاف الى فاعله ولا تجوز اضافته الى غيره الا أنا تركنا ذلك فى فعل البهيمة اذا وجد
منه السوق فأضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقى على الاصل
ولا تجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبيبا بخلاف ما اذا أرسل الكلب الى صيد حيث يؤكل
ما أصابه وان لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لان الحاجة مست الى الاصطياد به فأضيف الى المرسل ما دام
الكلب فى تلك الجهة ولم يفتر عنها اذ لا طريق الى الاصطياد سواه وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو شرط
السوق لانسد بابه وهو مفتوح فأضيف اليه وان غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة اليه فى حق ضمان
العدوان فبقى على الاصل فكان مضافا الى الكلب لانه مختار فى فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف
فعله الى غيره وذكر فى المبسوط اذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فما أصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان
سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له
طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت أى ينقطع حكم الارسال بالوقفة أيضا كما ينقطع بالعطفة
بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال فى الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود

(قوله وأما اذا ربط والابل واقفة) أى ثم قاد صاحب القطار وهو عالم بالربط أولا اه اتقانى (قوله فى المتن ومن أرسل بهيمة الخ) صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يرسل البهيمة ويكون سائقا لها فتصيب فى فورها قال هو ضامن وقال عن أبى حنيفة أيضا فى رجل أرسل طائرا فأصاب فى فوره ذلك قال لا ضمان عليه وكذا الذى يرسل كلبه ولم يكن سائقا له فأصاب فى فوره لم يكن عليه ضمان الى هنا لفظ الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره أراد بالبهيمة الكلب وأراد بكونه سائقا أن يكون خلفه اه غاية (قوله لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها) قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وبه قال الشافعى وأحمد وعند مالك فعل العجماء جبار بأى وجه كان وقدمر اه معراج

المرسل لانه اتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع به حكم الارسال وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره حيث لا يضمن من أرسله وفي ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعدّ فيضمن ما تولد منه وأما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب بوصف التعدي كذا ذكره في الهداية وذكر قاضيخان رحمه الله أن رجلاً لو أرسل بهيمة وكان سائقاً لها ضمن ما أصابت في فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقاً له يضمن ما أتلف ولو لم يكن سائقاً له لا يضمن وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن الا أن يسوقه وقيل اذا أرسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر انساناً أو أتلف غيره ان لم يكن معلماً لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع نفسه وان كان معلماً ضمن ان مر على الوجه الذي أرسله لانه ذهب بارسال صاحبه أما اذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لانه لما مال عن سنن الارسال انقطع حكم الارسال وأكثر المشايخ قالوا هذا في البهيمة وأما في الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن من اثبات اليد عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلأهل البلد أن يقتلوه وان أتلف يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شئ عليه كالحائط المائل ولو أن رجلاً طرح رجلاً قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ لا التعزير والحبس حتى يتوب وأما انفلات البهيمة فلقوله صلى الله عليه وسلم العجماء جبار أي فعل العجماء هدر وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق أو في ملك الغير أو المرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان الفعل مقتصر عليها غير مضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب وأخواته قال رحمه الله (وفي فقء عين شاة القصاب ضمن النقصان) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان قال رحمه الله (وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة) وقال الشافعي رحمه الله فيها النقصان أيضا اعتباراً بالشاة ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه أيضا ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك لغيره كالاكل ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه والله أعلم

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا أن للمولى أن يتخلص بالدفع تخفيفاً عليه وقيل الدفع وللمولى أن يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الواجب الاصلي غيره لما برئ بهلاكه كما قبل الاختيار لانه يفوت به الدفع لا الفداء قال رحمه الله (جنايات المملوك لا توجب الا دفعاً واحداً لو محلاً له والا فقيمة واحدة) أي جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته اذا كان محلاً للدفع بأن كان قناً وهو الذي لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر لا توجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال والا فقيمة واحدة أي ان لم يكن محلاً للدفع بأن انعقد له شئ مما ذكرنا توجب جناياته قيمة واحدة

(قوله ولا تسبيب بوصف التعدي) أي في هذه الصورة اهـ (قوله في المتن وفي فقء عين شاة القصاب ضمن النقصان) قال في الجامع الصغير لفخر الاسلام البزدوي محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار يفقأ عين واحدة منهن قال في الشاة ما نقصها وفي البقرة ربع قيمتها وفي البعير ربع قيمته وانما وضع المسئلة على هذا الوجه ليبين أن الكل وان كن للحم فان الجواب مع ذلك مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البقر والبعير وقد روي هذا الجواب والفتوى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه خارجة ابن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن أبيه أنه رفعه وروي عن عمر أيضا أنه قضى بذلك والفرق أن الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالامة فيضمن النقصان من غير تقدير فأما ما ذكرناه من البهائم فانها عاملة كبني آدم لكنها لا تعمل الا بغيرها فأشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملاً بالشبهين ولانها على هذا الوجه لا تعمل الا بأربعة أعين عيناها وعينا من يستعملها فصار لعينها حكم الربع والمعتمد هو الاول اهـ (قوله وهكذا قضى عمر أيضا) فتركنا القياس بهذه الآثار في الجزور وأخذنا بالقياس في الشاة اهـ غاية

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

(٣٠ - زيلعي سادس) لما فرغ من جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك وأخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك اهـ اتقاني (قوله وقيل الدفع) هذا هو الصحيح نص عليه في الهداية والشارح رحمه الله في الصفحة الآتية والله أعلم

ولا يزاد عليها وان تكررت الجناية وفي القن اذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية
الاولى وكذا كلما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأخته فانه لا يوجب الا قيمة
واحدة على ما نبينه في أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (جنى عبده خطأ دفعه بالجناية فيملكه
أو فداه بأرشها) أي اذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه الى ولي الجناية فاذا دفعه ملكه ولي
الجناية وان شاء فداه بأرشها وقوله خطأ يحترز به من العمد وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على
النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص وأما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجرى
القصاص فيما بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد وقال الشافعي رحمه الله جناية العبد تتعلق برقبته يباع
فيها الا أن يقضى المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني عنده وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق
ولا بعد الحرية والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلى
رضي الله عنهما مثل مذهبه له أن الاصل في موجب الجناية أن يجب على الجاني لانه المتعدى قال الله
تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما
في الذمي ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس
الجاني اذا أمكن الا أن استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا
والحر من أهل أن يستحق نفسه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين
فتصير نفسه مستحقة للمجنى عليه صيانة عن الهدر الا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لانه ليس فيه
ابطال حق المجنى عليه بل مقصود المجنى عليه يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس
الجاني أبدا ولان الاصل في موجب الجناية خطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذورا ولكون الخطا
مرفوعا شرعا ويتعلق بأقرب الناس اليه تخفيفا عن المخطئ وتوقيا عن الاجحاف به الا أن عاقلة العبد
مولاه لان العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب
ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فتجب في ذمته صيانة
للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا أن المولى يخير بين الدفع والفداء
لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كي لا يستأصل فيخير لان التخيير مفيد والواجب الاصلي
هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فان الواجب جزء من
النصاب وله النقل الى القيمة فكذا هذا بخلاف الجاني الحر حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به
الواجب استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه حالا لانه عين ولا يجوز التأجيل في
الاعيان وكذا اذا اختار الفداء يجب عليه حالا لانه بدل العين وهو العبد وان كان مقدرا بغيره وهو
المتلف ولهذا سمي فداء وأيهما اختار المولى وفعله فلا شئ لولي الجناية غيره أما الدفع فلان حقه متعلق به
فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا أوفاه حقه
سلم العبد له وكذا اذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يختره قولا سقط حق الولي في الآخر لان المقصود
تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين
حيث لا تتعين الا بالفعل لان المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين
أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن قادرا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اختار أصل حقهم فبطل
حقهم في العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا
الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى يضمنه المولى بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم أو
بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه

(قوله وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني) أي بعد العتق اه هداية (قوله فان الواجب) أي الاصلي اه (قوله وله) أي المالك اه (قوله الى القيمة) والاداء من مال الآخر اه (قوله وكذا اذا اختار) أي المولى اه

بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمته ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولى لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذه ابتداء جناية ولو جنى قبل أن يختار فى الاولى شيأ أو جنى جنايتين دفعة واحدة أو جنايات قيل لمولاه إما أن تدفعه بالكل أو تفديه بارش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء والفرق أن الرهن ايفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة وأما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق لولى الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لان الحقوق صارت مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنايات المختلفة بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة وكذا المستحق واحد لان الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا يملك التفريق فى موجبها قال رحمه الله (وان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش ولو عالما بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك) معناه اذا جنى عبد فأعتقه مولاه قبل العلم بالجناية ضمن الاقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية والاصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختار الفداء والا فلا فاذا عرف ذلك جئنا الى ما ذكر فى الكتاب قوله وان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الخ وانما كان كذلك لانه فى الاول فوت حقه فى أقلهما فيضمنه ولا يصير مختار الفداء بهذا العتق لان الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفى الثانى صار مختار الفداء لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للفداء وعلى هذا اذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الاقل منهما وان باعه وهو يعلم بالجناية صار مختار الفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعنى كما لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد الجانى على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له مخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس بتمليك من جهة المقر وانما هو اظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقا بذلك فاذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه ان أقام بينة أنه للمقر له وان لم يقم لم تندفع فيقال له إما أن تفديه أو تدفعه فان فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له اذا حضر وصدقه وان دفعه كان المقر له بالخيار اذا حضر ان شاء أجاز دفعه وان شاء فداه وألحقه الكرخى رحمه الله بالتمليك كالبيع والهبة لانه ملك المقر ظاهرا فيستحقه المقر له بالاقرار فأشبه البيع ولا فرق فى هذا المعنى بين أن تكون الجناية فى النفس أو فى الاطراف لان الكل موجب للدفع فلا يختلف وكذا لا فرق فى البيع بين أن يكون باتا أو بين أن يكون فيه خيار المشترى لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشترى بالخيار اذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة به فوجب هنا أن يكون مختار الفداء لانا نقول لو لم يكن المشترى مختارا للزم منه بيع ملك غيره وهنا لا يلزم ولانه يلزم فى البيع الغرور وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى يسلمه لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء بها لان حكم الكتابة تعليق العتق باداء المال وفك الحجر عن العبد فى الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له أن يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل أن يقضى عليه بالقيمة وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء ولو باعه

(قوله لا يتعلق به حق غيره) أى غير المرتهن اهـ

من المجنى عليه كان مختار الفداء بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور فيه ينتقل الى الآمر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزأ منه الا اذا زال النقصان قبل القضاء بالقيمة فكان له أن يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة وبوطء البكر يكون مختارا بخلاف وطء الثيب من غير اعلاق والتزويج والاستخدام لان التزويج تعييب حكمي اذ لا يعجزه عن التسليم اليه وليس فيه امساك شئ منه والاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وطعن عيسى في التزويج فقال انه تعييب فوجب أن يكون مختارا به وجوابه ما ذكرنا وفي الوطء خلاف زفر وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجهه أنه دليل الامساك فصار كوطء من له الخيار قلنا لو لم يكن دليل الامساك في حق من له الخيار لكان واطئا ملك غيره ولا كذلك في الجناية لان له أن يطأها ثم يدفعها بالجناية اذ لا يتبين بالدفع أن الوطء وقع في غير ملكه ألا ترى أنه لا يستحقه بزوائده ومن له الخيار يستحقه بزوائده ويصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتاب العتاق لانهما الازمان فيكون محدثا فيه ما يعجزه عن الدفع والاظهر أنه لا يصير مختارا بهما للفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له أن يفسخ الاجارة والرهن لحق المجنى عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان بخلاف البيع لان حق المجنى عليه لا يمنع تصرف المولى بجهة الملك فيثبت للمشترى ملك صحيح والملك أقوى من الحق فلا يجوز ابطاله به بخلاف الاجارة والرهن لانهما حقان تعلقا بالعين فيرجح حق المجنى عليه بالسبق وكذا لا يصير مختارا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى بعد ما تعلق به حقه فيلزم المولى قيمته ولو جنى جنايتين فعلم احداهما دون الاخرى وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا الفداء صار مختارا فيما علم وفيما لم يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد ولو قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر كان مختارا للفداء ان فعل العبد ذلك وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك أي كما يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختارا بالاعتاق بعد العلم بها وانما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا بتعليق العتق بما ذكرنا لان أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعد وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا ولنا أنه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو اعتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي الى القتل والظاهر أنه يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا اذا علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية بالعتق قال رحمه الله (عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية فان لم يحرره رد على سيده ويقاد) لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر أن الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلا

لان الصلح لابد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة فى درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص وأما اذا أعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى أيضا مصالح معه على هذا الوجه راض به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتقه صح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهى مسئلة الصلح ترد اشكالا على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفى هذه المسئلة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان أعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب أما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر فى مسئلة الصلح جواب القياس وما ذكر فى مسئلة العفو جواب الاستحسان فيكون على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهى كافية لدرء الحد وأما اذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذى ذكرنا أن العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد فى الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفى الصلح لم يجعلاه كذلك بل أوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ اذا أعتقه قال رحمه الله (جنى مأذون له مدبون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمة لرب الدين وقيمة لولى الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا أتلفه أجنبى والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك فى رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم فى المالية على ولى الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هى المعنى فتسلم اليه وفى الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما والاصل أن العبد اذا جنى جناية وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولى الجناية والفداء فان اختار الدفع دفع الى ولى الجناية ثم بيع فى الدين فان فضل شئ فهو لولى الجناية لانه بدل ملكه والا فلا شئ له وانما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين لانه أمكن بيعه بعد الدفع ولو بدئ ببيعه فى الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد فى يد المشترى جناية ولا يقال لا فائدة فى الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولى الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللانسان أغراض فى العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه الى ولى الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضى وفى القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه ولو دفعه الى أصحاب الديون صار مختارا للفداء كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع بالجناية أولا ولو أن القاضى باعه فى الدين ببينة قامت عليه ثم حضر

(قوله الدفع على الاولياء) يعنى أتلف الدفع على الاولياء وأتلف البيع على الغرماء اه من خط الشارح رحمه الله

ولى الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط حقه لان القاضى لا يلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولى الجناية لاحتيج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة فى الفسخ قال رحمه الله (مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له) والفرق أن الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف لها حكمى فيسرى الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة فى الاصل تسرى الى الفرع كالملك والرق والحرية وأما الدفع بالجناية فواجب فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولى الجناية فلذلك لا يجرى القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا تبعية فيه فان قيل اذا كان الدين عليها فلماذا يضمن المولى اذا أعتقها والانسان اذا أتلف المديون لا يضمن شيأ قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه لضمن كل الدين كالعبد الجانى اذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما تبع كالعبد الجانى ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها اذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وحق ولى الجناية متعلق بجميع أجزائها فاذا فات جزء منها وأخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت وأخلفت بدلا اعتبارا الجزء بالكل بخلاف الولد وقوله مأذونة مديونة ولدت شرط للسراية الى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين لانها ذا ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة فى الكسب حتى لو نازعها أحد فيه كانت هى الخصم فيه فباعتبار اليد كانت هى أحق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فانه انما استحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة وأم الولد والمدبرة وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة فى الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف قال رحمه الله (عبد زعم رجل أن سيده حرره فقتل وليه خطأ لا شىء له) معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولى ذلك الرجل الذى زعم أن مولاه أعتقه فلا شىء له لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية عليه وعلى العاقلة لانه حر فيصدق فى حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم لا بحجة وقال فى النهاية وضع المسئلة فيما اذا جنى العبد جناية ثم أقر المجنى عليه انه حر قبل الدفع اليه وجعل فى الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان وأما اذا أقر المجنى عليه بعد الدفع اليه فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار نظير من اشترى عبدا ثم أقر بحريته أو أقر بها قبل البيع قال رحمه الله (قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل بعد العتق فالقول للعبد) معناه اذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو بعت دارى وأنا صبى أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة) معناه اذا أعتق رجل جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت هى بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذا القول قولها فى كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيأ قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطء والغلة وفى القائم أقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها

(قوله بخلاف الولد) أى لانه ليس بعوض عنها ولا عن جزئها اه (قوله وقال فى النهاية وضع المسئلة) أى فى المبسوط اه من خط قارئ الهداية (قوله فالقول قول العبد) أى مع يمينه بالاجماع اه ك (قوله دفعا أو فداء) ولا يتصور وجوب الدية على العبد فى قتل الخطأ فى حال رقه اه

وهي تنكر فالقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره أذهبت ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل ذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه لم يسند الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها اذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان في حقهما وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربي أسلم أخذت مالك وأنت حربي فقال بل أخذته بعد ما أسلمت قال رحمه الله (عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي) لان الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطؤه سواء فيجب على عاقلته ولا شيء على العبد الآمر وكذا الحكم اذا كان الآمر للصبي صبيا لانهما لا يؤاخذان بأقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وفي شرح الزيادات للامام العتابي لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد ألا ترى أن العبد اذا أقر بعد العتق بالقتل فانه لا يجب عليه شيء لكونه أسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبيل هذا ولهذا لو حفر العبد بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شيء وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس فيقتسمونها بالحصص قال رحمه الله (وكذا ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور أيضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره الامام العتابي رحمه الله لا يجب عليه شيء لما بينا وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب ولولا أمره لما قتل فضعف فيه ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغي أن يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبب فعقلته بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المأمور عبدا محجورا عليه كبيرا أو صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالاقل على الآمر في ماله لان الآمر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة بخلاف الاول لان ذاك ضمان جناية لكون المأمور حرا لا يتصور فيه الغصب فيكون على العاقلة وان كان المأمور حرا فالعاقلة على عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمره لم يصح ولا يأثم هو أيضا بأمر مثله لاستيفاء الدم وان كان الآمر عبدا مأذونا له في التجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا له يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وأيهما فعل رجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدي الى تملك المضمون بأداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر في الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر ولو كان الآمر صبيا حرا مأذونا له في التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك في ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المأمور حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبي الآمر في حقه كالصبي المحجور عليه ولو كان الامر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا

(قوله منافية للضمان في حقهما) أي في حق الغلة والوطء اهـ

والمأمور صبى حر يجب الدية على عاقلة الصبى وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى فيجب عليه ان أمكن والا سقط على ما بينا وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة تباع رقبته الا أن يفدى المولى بدينهم وهو القيمة والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه لانه بالعجز صار قنا وأمره لا يصح ولكنهما يقولان لما قضى عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وان عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل بالاجماع حتى لا يسترد المولى القيمة ولو أدى البعض ثم عجز سلم ما أداه لهم و بطل الباقى عنده وعندهما لا يبطل وان كان المأمور عبدا تخير مولاه بين الدفع والفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور الا اذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم بقى اشكال وهو أن يقال ان هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا ضمان الغصب لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور و باعتبار السبب روعى التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبر بها فى حق التقدير وان عجز المكاتب فولى المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وان أعتق المولى المكاتب فولى المأمور بالخيار ان شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق و بالفضل على المعتق لى تمام قيمة المأمور وان كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لانه تعذر هذا أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضا لانه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما سواء كان صغيرا أو كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مأمورا قال رحمه الله (عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد وليى كل منهما دفع سيده نصفه الى الآخرين أو فداه بالدية) أى للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى اللذين لم يعفوا من وليى القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا أحد وليى كل واحد منهما سقط القصاص فى الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما قال رحمه الله (وان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليى العمد فدى بالدية لوليى الخطا وبنصفها لاحد وليى العمد أو دفعه اليهم أثلاثا) لان وليى الخطا حقهما فى الدية عشرة آلاف درهم وحق وليى العمد فى القصاص فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم فاذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف درهم لوليى الخطا وخمسة آلاف لغير العافى من وليى العمد وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثيه لوليى الخطا وثلثه للساكت من وليى العمد بطريق العول لان حقهم فى الدية كذلك فيضرب وليا الخطا بعشرة آلاف و يضرب غير العافى من وليى العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليى الخطا وربعه لغير العافى من وليى العمد لان نصفه سلم لوليى الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهم فى النصف الآخر فيتنصف فان قيل ينبغى أن يسلم للمولى ربع العبد فى هذه المسئلة وهو نصيب العافى من وليى العمد و يدفع ثلاثة أرباعه اليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف فى المسئلة الاولى وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان وليى الخطا استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شئ وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة فى المسئلتين غير أنه

(قوله وأمره لا يصح) أى أمر القن بالقتل لا يصح اهـ

﴿فصل﴾ لما فرغ من جناية العبد على غير شرع في أحكام الجناية عليه لان الفاعل يقدم على المفعول وجودا فوجب ترتيبه كذلك مناسبة اه اتقاني (قوله في المتن قتل عبدا الخ) قال في الهداية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة قال الاتقاني هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد رضي الله عنهم وذلك على العاقلة في ثلاث سنين كذا ذكر الكرخي في مختصره وعند أبي يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تحملها العاقلة كضمان الاموال كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الطحاوي في مختصره روى محمد عن أبي يوسف أنه قال قيمته على عاقلته بالغا ما بلغ وروى أصحاب الاملاء عنه أنه قال قيمته على الجاني في ماله بالغة ما بلغت ولا تحمل العاقلة منها شيأ الى هنا لفظ الطحاوي وأجمعوا في العبد المغصوب اذا هلك عند الغاصب تجب قيمته بالغة ما بلغت وقال الكرخي في مختصره روى أن العبد لا يبلغ به دية الحر عند عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبي وعطاء ورواه محمد عن سعيد بن المسيب وروى عن علي وابن عمر وابن عباس وغيرهم فيه القيمة بالغا ما بلغ الى هنا لفظ الكرخي والحاصل أن العبد مضمون بالقتل بالاتفاق لكنه مضمون عندنا من حيث انه آدمي وعند أبي يوسف من حيث انه مال اه (قوله ولهذا لو قتل العبد المبيع الخ) مسئلة ما اذا قتل العبد المبيع قبل القبض ذكرها الشارح بأتم من هذا قبيل

لما عفا أحد وليي كل قتيل سقط حق العافيين عن الرقبة في المسئلة الاولى وخلا نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فان حق ولي الخطا ثابت في الكل على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من ولي العمد فلهذا افترقا فيقتسمون كله على قدر حقوقهم بطريق العول فيه أو المنازعة ولهذه المسئلة نظائر وأضداد ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها التي نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيده قال رحمه الله (عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل) معناه اذا كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كأبيهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع فلا يستحق غير العافي منهما شيأ من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا اذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر ان شاء وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله أن ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه موصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا يخلفه الورثة فيه ولان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطا وفيه لا يجب شئ فكذا ما هو في معناه والله سبحانه أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (قتل عبد خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الامة عشرة من خمسة آلاف والمغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ما روى عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على أصل الحرية فعلم أنه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الاموال وكقليل القيمة والغصب ولان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل فيما في حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا في حق الدية لانه آدمي

 قوله ولابي المعتوه القود في باب ما يوجب القصاص (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة) وجه الاستدلال أنه تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأ دية والعبد مؤمن قتل خطأ فيجب فيه الدية والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمي لا بمقابلة المال وما يجب بمقابلة المال يسمى قيمة وضمانا وهو العرف فثبت بدلالة الآية أن العبد مضمون بمقابلة الآدمي ولا يزاد على تقدير الشرع في الدية وينقص عنها بأثر عبد الله بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال والدليل على أن معنى الآدمية راجح فيه أن أكثر تكاليف الشرع متوجهة عليه بالاجماع من حيث الآدمية فاقتضى أن يكون مضمونا من

ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكلفا ولولا أنه آدمى لما وجب القصاص ولا كلف كسائر الاموال غاية الامر أن يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ماذكرنا من الاحكام ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهى الآدمية عند تعذر الجمع بينهما باهدار الادنى وهى المالية ولان الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ماهو الاصل أولى ألاترى أن القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف فى حالة العمد والخطا واحد فاذا اعتبر فى احدى حالتى القتل آدميا وجب أن يعتبر فى الحالة الاخرى كذلك اذ الشئ الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه وهذا أولى من العكس لان فى العكس اهدار آدميته والحاقه بالبهائم والجماد وماروينا من الاثر معارض بأثر ابن مسعود رضى الله عنه أو هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا معارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وانما يعتمد الفائدة ألاترى أنه يبقى بعد قتله عمدا أيضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود رضى الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر فى المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان آدميته نقص فيكون بدلها أقل كالمرأة والجنين ألاترى أنه لما كان أنقص تنصفت النعم والعقوبات فى حقه اظهارا لانحطاط رتبته فكذا فى هذا وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أنه يجب فى الامة خمسة آلاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما فى الاطراف والاول أظهر لان أقل مال له خطر فى الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر ومادونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلا قال رحمه الله (وما قدر من دية الحر قدر من قيمته ففى يده نصف قيمته) لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم على ما بيناه فيكون فى يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمى نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنو رتبته وقيل يضمن فى الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدى الى أمر شنيع وهو أن ما يجب فى الاطراف أكثر مما يجب فى النفوس بأن كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله عشرة آلاف الا عشرة وفى لحيته روايتان فى رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود أيضا قال رحمه الله (قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص والا اقتص منه) وانما لا يقتص فى الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة أخر سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما فى احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقال بأذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف

حيث انه آدمى ولهذا وجب القصاص بقتله (قوله ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع) يتمشى مطلقا على قول أبى يوسف وفيما اذا كان القاتل عبدا على قول الشافعى رحمهما الله اه (قوله وماروينا من الاثر معارض بأثر ابن مسعود) وأثر ابن مسعود سيأتى بعد أسطر اه (قوله والاول أظهر) قال الاتقانى وهذا ظاهر الرواية لان هذا دية الحر وتنقص منها عشرة كما تنقص من دية الرجل وليس كذلك اذا قطع يد العبد أنه لا يتجاوز خمسة آلاف الا خمسة لان ما يجب فى اليد جزء مما يجب فى الجملة فقدر بنصفها وما يجب فى الانثى ليس بجزء من دية الذكر وانما هى دية فى نفسها فلذلك قدر النقص فيها بعشرة وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة فى قتل الامة خطأ اذا زادت قيمتها على دية الحرة خمسة آلاف درهم الا خمسة قال الفقيه أبو الليث السمرقندى فى كتاب العيون رواية الحسن ابن زياد هو القياس اه وكتب ما نصه وهو ما تقدم فى المتن أنه خمسة آلاف الا عشرة اه (قوله لما وجب أصلا) أى فى جراحة يساوى ارشها عشرة فما دونها اه (قوله اظهارا لدنو رتبته) هكذا هو فى عامة الكتب كالهداية والخلاصة ومجمع البحرين وشرحيه والاختيار وفتاوى الولوالجى والملتقى وفى المجتبى عن المحيط نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الامة اه وذكر فى النهاية عند قول صاحب الهداية لا تزاد على خمسة آلاف الا خمسة هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية ففى المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت فى الصحيح من الجواب الا فى رواية عن محمد أنه يجب فى قطع يده خمسة آلاف الا خمسة ووجه الظاهر أن العبد فى حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تتحملها العاقلة الا أن محمدا قال فى بعض الروايات القول بهذا يؤدى الى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوى ثلاثين ألفا يضمن خمسة عشر ألفا وكذا ذكر فى الكفاية وحكاه الاكمل عن النهاية وعليه مشى عز الدين يوسف الرازى فى شرح الكنز اه العبد

العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر لان ملك كل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد أحدهما فيه دون الآخر لما فيه من ابطال حق الآخر فيقتل باجتماعهما لرضا ببطلان حقه وأما في الثاني وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال الآخر بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما اذا أقر رجل بألف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له عليه بالالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فأمكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسئلة الاقراض بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف اذ ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل أصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقى بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجرى فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فأمكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الطرف أو في القتل خطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون العبد لحريته حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح وأما القتل عمدا الموجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فحسنه أنهم أجمعوا في الخطا وفي العمد فيما اذا كان له وارث آخر أن الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا أرش القطع وما ينقص بذلك الى الاعتاق وتسقط الدية والقصاص وكذا في القطع اذا نمت منه لا يجب عليه سوى ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا تجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق قال رحمه الله (قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فأرشهما للسيد) يعنى اذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين العتق في أحدهما بعد ذلك الشج فأرشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا وأحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثانى لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وبخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة

(قوله وقد لا يثبت الحل أصلا) أي كما اذا ملك أخته من الرضاع اهـ

وهي النفس دون الاطراف والدية فبقي مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيهما فتكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لايدرى أيهما قتل أولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم والله سبحانه وتعالى أعلم قال رحمه الله (فقأ عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان) أي اذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء الى الفاقئ وأخذ قيمته كاملا وان شاء أمسكه ولا شئ له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي حينئذ على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبار المالية في الذات دون الاطراف ساقط بل المالية تعتبر في الاطراف أيضا بل اعتبار المالية في الاطراف أولى لانها يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضا اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن يملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع إحدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جئنا الى تعليل مذهب الفريقين لهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به وجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه قيمته وان شاء أمسكه وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يملك الجثة ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بأنه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا أولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى ومما قاله الشافعي رحمه الله أيضا لان فيه اعتبار الآدمية فقط والشئ اذا أشبه شيئين يوفر حظهما عليه قال رحمه الله (جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) لما روي عن أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على المولى بحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير أن يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني قنا حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده أو يبقى ما يختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه ثم الاصل فيه أن جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه الا رقبة

واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين فى القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص فى القيمة وتعتبر قيمته فى حق كل واحد منهم فى حالة الجناية عليه لانه يستحقه فى ذلك الوقت حتى اذا قتل رجلا وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته ألفان فيكون لولى الاوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد لان ولى الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرنا ثم يعطى خمسمائة فيقسم بين الاول والاوسط يضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم ويضرب الاوسط بما بقى من حقه وهو تسعة آلاف لوصول الالف اليه فبقى من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة آلاف ويضرب الاول بعشرة الا ما أخذ فى تلك المرة ويضرب الاوسط بعشرة آلاف الا ما أخذ فى المرتين قال رحمه الله (فان دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى يشارك الثانى الاول) أى اذا دفع المولى القيمة لولى الجناية الاولى بقضاء القاضى ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك فلا شىء على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدى من المولى بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا قال رحمه الله (ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولى الجناية) أى لو دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى كان ولى الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وان شاء اتبع ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا لا شىء على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضى ولا تعدى منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع دفع الحق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن جنايات المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كلهم ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا فى حق الثانى لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع فى حقه بخلاف القاضى لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى فالثانى بالخيار ان شاء اتبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثانى وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه فى حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة فى حق التضمين أيضا كى لا يبطل حق ولى الثانية واذا أعتق المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وأم الولد كالمدبر فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لامتناع الدفع كالمدبر واذا أقر المدبر أو أم الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شىء لان موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك﴾

قال رحمه الله (قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع وان قطع يده فى يد الغاصب فمات منه برئ) لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ويبرأ الغاصب عن الضمان باسترداد المغصوب وفى المسئلة الاولى لما قطعه المولى فى يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع وفى الثانية حين قطع المولى العبد فى يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك﴾

ترجمه فى الهداية بباب غصب العبد والمدبر والجناية فى ذلك ولم يذكر فى الترجمة الصبى وقوله فى ذلك قال الاتقانى أى فى العبد والمدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان غصب الصبى اهـ

ملكه الى يده قال صاحب الهداية في الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية وصار المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعا والغاصب لا يملكه الا باداء الضمان ضرورة كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه أن معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا أن ينسب ذلك الى غير الجاني قال رحمه الله (غصب محجور مثله فمات في يده ضمن) أي اذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمن الغاصب لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا من أفعاله فيضمن قال رحمه الله (مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما) أي اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية ثم ردّه على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى قيمته لولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذي أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء كما في القن اذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب قال رحمه الله (ورجع بنصف قيمته على الغاصب) أي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يردّ نصف العبد لان ردّ المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا ردّ قال رحمه الله (ودفعه الى الاوّل) أي دفع المولى نصف القيمة التي أخذها من الغاصب الى ولي الجناية الاولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يدفعها اليه لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه كي لا يؤدّي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكي لا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه أحد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيأ من بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق أخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم لولي الجناية الاولى قلناه وكذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب لان ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولي الجناية الاولى وأما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له ومثله جائز كالذمي اذا باع خمرا وقضى بثمنها دين مسلم يجوز له أخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم قال رحمه الله (ثم رجع به على الغاصب) أي رجع المولى بذلك الذي دفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق

(قوله لانه سبب الملك) قال الاتقاني لان الغصب من أسباب الملك عندنا لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى أول الغصب فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كأنه غصب عبدا أقطع اليد وهو مات عنده وأورد أبو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة المولى فلم لا يجعل كأنه قتله فلا يجب شئ عليه قيل له الغصب صار فاصلا بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار في حق الغاصب كأن العبد مات بآفة سماوية اهـ (قوله فيصير كأنه مات بآفة سماوية) ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم باعه فمات في يد المشتري مات من مال المشتري لان قبض المشتري صار فاصلا بين القطع والهلاك فكذا هذا اهـ غاية (قوله في المتن غصب محجور مثله فمات في يده ضمن) وهذا اذا كان الغصب ظاهرا فيضمن في الحال يباع فيه لان أفعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره لا يجب الا بالعتق كذا قال الفقيه أبو الليث وذلك لان الرق يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال وان أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال لانه مبقي في ذلك على أصل الحرية وقدمر ذلك في كتاب الحجر اهـ غاية (قوله في المتن مدبر جنى عند غاصبه الخ) قال الاتقاني صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في مدبر لرجل غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم ردّه الى المولى فجنى عنده جناية أخرى قال على المولى قيمته نصفان بين وليي الجنايتين ثم يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فيأخذه فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فيأخذه منه أيضا وقال محمد يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى أحد واذا كان جنى عند المولى أولا ثم غصبه رجل فجنى عنده جناية قال على المولى قيمته نصفين بين وليي الجنايتين ثم يرجع بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وينبغي أن يكون وجوب القيمة على المولى اذا كانت القيمة أقل من الارش لان حكم جناية المدبر أن يلزم الاقل منهما على المولى (١) فنقول بعد ذلك انما وجب على المولى قيمة المدبر بين وليي الجنايتين (قوله من غير أن يصير مختارا للفداء) فيصير مبطلا حق أولياء الجناية فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها اهـ هداية (قوله فاذا وجد) أي ولي الجناية الاولى اهـ (قوله ليتم حقه) لانه تقدم على الولي ا

(١) قوله فنقول بعد ذلك الخ هكذا في أصل الحاشية ولعل في العبارة نقصا فليحرر اهـ مصححه

من يده بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يرده ولم يضمن له شيأ اذا لم يبق شئ من العبد أو من بدله فى يده قال رحمه الله (وبعكسه لا يرجع به ثانيا) أى بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عينه بسبب كان فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاجماع أما عندهما فظاهر لما بينا وأما عند محمد رحمه الله فانما امتنع الدفع الى ولى الجناية الاولى فى المسئلة الاولى كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد على ما بينا وهنا لا يلزم ذلك لان ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع الى ولى الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولى الاولى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد وفى الاولى يجتمع لانه عوض ما أخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولى الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع به ثانيا أما عند محمد فظاهر لانه لم يرجع فى المسئلة الاولى عنده ثانيا لان المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى سلم له ما أخذ من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع بما دفع ثانيا لان الذى دفعه المولى الى ولى الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولى الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا قال رحمه الله (والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة) أى العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا أن المولى يدفع القن وفى المدبر القيمة حتى اذا غصب رجل عبدا قنا فجنى فى يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله لا يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ما ذكرنا فى المدبر وان جنى عند المولى أولا ثم غصبه فجنى فى يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولى الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولى الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا قال رحمه الله (مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه فجنى عنده على سيده قيمته لهما) معناه اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولى الجنايتين نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بيناه قال رحمه الله (ورجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان فى يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فانه هنالك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان فى يد المالك فيرجع بالنصف لذلك قال رحمه الله (ودفع نصفها الى الاول) أى دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد قال رحمه الله (ورجع بذلك النصف على الغاصب) أى رجع المولى بالنصف الذى دفعه ثانيا الى ولى الجناية الاولى على الغاصب لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولى الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثانى لم يستحق الا النصف لوجود المزاحم وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فيبقى على ما كان بخلاف ولى الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية عليه وانما رجع حقه الى النصف للمزاحمة فاذا وجد شيأ من بدل العبد أخذه حتى يستوفى حقه ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله أن الذى يرجع به ولى الجناية الاولى عوض ما سلم له فى المسئلة الاولى لان الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق أما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكرنا قال رحمه الله (غصب صبيا حرا فمات فى يده فجأة أو بحمى

(قوله ثانيا) متعلق بدفع لا بالمأخوذة اه (قوله كالاولى) يعنى قال بعض المشايخ يتحقق فى هذه المسئلة خلاف محمد أيضا كما فى المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى باقى حقه اه غاية (قوله وقيل على الاتفاق) وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة فى الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا قرر هذه المسئلة بلا خلاف فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير اه غاية (قوله والفرق لمحمد رحمه الله أن الذى يرجع به) أى لو قيل بالرجوع اه (قوله فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية) أى عما أخذ ولى الجناية الثانية هذا الذى يظهر اه من خط قارئ الهداية (قوله فى المتن غصب صبيا الخ) قال الاتقانى وأراد بغصب الصبى أخذه بسبيل التعدى لان حقيقة الغصب وهو أخذ مال الغير بسبيل التعدى لا يكون الا فى المال لا فى غيره اه

لم يضمن وان مات بصاعقة أو نهشة حية فديته على عاقلة الغاصب) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع أنه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة أولى أن لا يضمن به وجه الاستحسان أن هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لان نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق اتلاف منه تسبيبا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ الولي عنه فصار متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا فهو ملحق بالكبير ألا ترى أنه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا أخرجه من يد الولي فات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه عما صنع به من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب بتقصير حفظه قال رحمه الله (كصبي أودع عبدا فقتله) أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي اذا قتل عبدا أودع عنده وان أودع طعاما فأكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و يؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم محمد رحمه الله في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي يوسف والشافعي رحمهما الله أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا أو كان الصبي مأذونا له في التجارة أو في الحفظ من جهة الولي وكما اذا أتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط الغير فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل أحد ولهما أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلم تبق معصومة الا اذا

(قوله لان الغصب في الحر لا يتحقق) فلا يضمن قياسا على ما لو مات فجأة أو مات بحمى اهـ غاية (قوله وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ) أي لانه أخذه بلا اذن الولي اهـ غاية (قوله حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض) قالوا ينبغي أن يضمن اهـ غاية (قوله وعلى هذا لو أودع العبد الخ) قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة ومن أودع عند صبي مالا فهلك عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة ضمن عندهم جميعا وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير اذن وليه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد لا للحال ولا بعد الادراك وعند أبي يوسف يضمن في الحال وأجمعوا أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون وديعة عنده ضمن للحال ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي كانت ديته على عاقلته بالاجماع ولو جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي بالاجماع ولو أودع عند عبد وديعة فهلك عنده فلا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه ان كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن مولاه لا يضمن في الحال ولكن يضمن بعد العتق ان كان بالغا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن في الحال وأجمعوا أنه لو استهلك من غير ايداع ضمن وأجمعوا ان كانت الوديعة عبدا فجنى عليه في النفس أو فيما دون النفس يؤاخذ به ويطالب مولاه بالدفع أو الفداء اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف الاقراض الخ) قال الاتقاني والاختلاف في الايداع والاعارة والقرض والبيع وكل وجه من وجوه التسليم اليه واحد كذا قال فخر الاسلام اهـ (قوله ثم محمد في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي الخ) وصورة ما قاله في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أقام قد أودع صبيا قد عقل طعاما فأكله قال لا ضمان عليه وان أودع غلاما فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ أصل الجامع اهـ قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ودلت المسئلة على أن الاختلاف في الصبي الذي يعقل فأما الذي لا يعقل فيجب أن يضمن بالاجماع لان تسليطه هدر وفعله معتبر اهـ اتقاني (قوله وفي الجامع الكبير الخ) والغالب ممن بلغ هذا السن أن يكون عاقلا اهـ (قوله وذلك دليل الخ) تبع فيه صاحب الهداية وقال الاتقاني رحمه الله وهذا الذي قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم واليه ذهب قاضيخان في شرح الجامع الصغير اهـ

(قوله بخلاف ما اذا كانت الوديعة الخ) وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره اهـ هداية قوله دون غيره كمن عليه القصاص تسقط عصمة دمه في حق من وجب له القصاص فحسب حتى بقي معصوم الدم في حق غيره اهـ غاية

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتل يؤل الى القسامة اذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها لانه يحتاج اليها على ذلك التقدير ثم القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على خمسين رجلا من أهل المحلة أو الدار اذا وجد بها قتيل لا يعرف قاتله فان لم تبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين الى أن تتم خمسين يمينا وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة أو دار أو في موضع يقرب الى القرية بحيث يسمع الصوت منه وشرطها أن يكون الذي يقسم رجلا عاقلا بالغا حرا حتى لا تجب القسامة على المرأة والمجنون والصبي والعبد ومن شرطها أن يكون بالميت أثر القتل نحو الضرب والقتل والجراحة فاذا لم يكن الاثر موجودا فهو ميت لا قتيل فلا قسامة فيه ولا دية (١٦٩) ومن شرطها أيضا تكميل خمسين يمينا كما بينا وركنها أن يقول من يقسم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للقسامة الا بها وحكمها وجوب الدية في ثلاث سنين عندنا وشرعيتها ثبتت بالاحاديث الصحيحة وبالاجماع اهـ غاية (قوله في المتن قتيل وجد في محلة الخ) قال أبو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أبا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر فان أبا حنيفة قال في ذلك اذا كانت به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق فان هذا قتيل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار أو على عاقلة المحلة اذا وجد في المحلة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين على أهل الديوان في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا يتخيرهم من العاقلة ولي الدم فان نقصوا عن الخمسين كررت عليهم الأيمان حتى تكمل خمسين يمينا وليس يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امرأة ولا عبد ثم قال الكرخي فيه وان كان ميتا ليس فيه أثر ولا جراحة فليس في هذا قسامة ولا دية هذا ميت وان كان أهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم الى الورثة يختارون أهل الصلاح ان أحبوا حتى يستحلفوهم فان كان أهل الصلاح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخي اهـ اتقاني قوله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) مثل المدعى عليه في سائر الحقوق وفي مسئلتنا الظاهر يشهد للمدعي لانه اذا كان هناك لوث يغلب على ظن المستمع والرائي أنه صادق في قوله فيجب أن يثبت اليمين في حقه ولكن هذه دلالة فيها شبهة فلا يجب القصاص بالشبهة في الجديد وتجب الدية اهـ اتقاني

أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لان له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا لمالكه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمنه الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الاموال والله أعلم بالصواب

﴿باب القسامة﴾

قال رحمه الله (قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية عن الجمع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز أنه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعني جميعا ولا ينعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في قتل العمد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وان لم يكن ثم لوث يستحلف المدعى عليهم فان حلفوا فلا دية لهم وان أبوا أن يحلفوا استحلف المدعون واستحقوا ما ادعوا لما روي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فقال عمه يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال أقسم لكم يهود بخمسين يمينا أنهم لم يقتلوه قال فكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نر فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية قال عليه الصلاة والسلام حين أخبر بذلك أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم قاتلكم أو صاحبكم قالوا يا رسول الله لم نشهد ولم نحضر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفتبرئكم يهود بخمسين يمينا قالوا يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب

(قوله اذ قال) أى عمر بن الخطاب اه اتقانى (قوله وادعة) حىّ من همدان اه (قوله وهى آخر) والقتيل الى وادعة أقرب اه غاية
(قوله ثم قال اغرموا) حتى قالوا لعمر رضى الله عنه لما قضى عليهم بالدية لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال عمر أما
أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود قتيل بين أظهركم اه اتقانى (قوله عمدا أو خطأ) أى وجوب القسامة

يدفعا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه وردّ اليمين على المدعى أصل له كما فى النكول الا أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فتجب الدية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر فسوى فى ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وروى ابن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود فى القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس المحترمة وما رووه ضعفه جماعة من أهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا بأيمانهم فكأنه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم فيما تدعون عليهم غير أيمانهم وكما لا تقبل منكم وان كنتم مسلمين أيمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير أيمانهم والدليل على صحة هذا التأويل حكم عمر رضى الله عنه به بعد النبى صلى الله عليه وسلم بحضرة الصحابة رضى الله عنهم من غير انكار أحد منهم فصار اجماعا ومحال أن يكون علم ذلك عندهم ولا يخبرونه به اذ قال لوادعة فى قتيل وجد بين وادعة وحى آخر يحلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم قال اغرموا وقالوا له أنحلف وتغرمنا فقال نعم وهذا نص على ما قلنا وقوله يتخيرهم الولى فى المختصر نص على أن الخيار للولى لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو أهل الخبرة بذلك أو صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل ولو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لانها يمين وليست بشهادة بخلاف اللعان فانه شهادة فلا تلاعن بين المحدود وبين امرأته اذ ليس هو من أهلها قال رحمه الله (فاذا حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولى) وقال الشافعى رحمه الله يحلف الولى بعدما حلف أهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضى لهم بالدية فلا تجب بمجرد يمين أهل المحلة لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما له كما فى سائر الدعاوى ولنا ما روينا من الخبر والاثر وقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعيين القاتل ثم تجب الدية عند نكولهم حتى تتقرر بالبين لان الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهرا أو لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف فى القتل خطأ ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى عليه المال المدّعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذله الدية هذا الذى ذكرناه اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادّعى على البعض لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ لان المدعى عليهم لا يتميزون عن الباقى ولو ادّعى على البعض بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الاصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فان قال لا يستحلف المدّعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمه الله مثله ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان فى مكان ينسب الى المدعى عليهم وفيما وراءه بقى على أصل القياس ولان دعواه ابراء لهم حيث ادّعى معرفة من قتله وصار كما اذا ادّعى القتل على واحد من غيرهم

والدية فيما اذا كانت دعوى القتل على أهل المحلة جميعا أو على بعضهم لا بأعيانهم سواء كانت الدعوى فى العمد أو فى الخطا لان البعض اذا لم يكن معينا لا يتميز عن البعض الآخر فصار كما اذا ادّعى على الجميع اه اتقانى (قوله ولو ادّعى على البعض بأعيانهم) سيأتى حكمه فى المتن آخر الباب اه (قوله فكذلك الجواب) يعنى تجب القسامة والدية اه اتقانى (قوله واطلاق الكتاب الخ) قال الاتقانى رحمه الله عند قوله يدل عليه اطلاق الجواب فى الكتاب أى فى كتاب القدورى أشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل فى محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ لانه أطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض لا بأعيانهم أو بأعيانهم وأجاب فى المبسوط كذلك أعنى أوجب القسامة والدية فيما اذا كانت الدعوى على البعض بعينه قال القدورى فى كتاب التقريب قال فى الاصل اذا ادّعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها اه (قوله ووجهه أن القياس يأباه) أى وجوب القسامة على أهل المحلة اه (قوله وانما عرف) أى وجوب القسامة اه (قوله اذا كان) أى الدعوى عليهم جميعا اه غاية (قوله بقى على أصل القياس) فلم تجب القسامة اه اتقانى (قوله من غيرهم) أى غير أهل المحلة فانه لا تجب القسامة فيه اه

وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل فى اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجبان باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لا وجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل ففى دعوى المال يثبت وفى دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى كتاب الدعوى قال رحمه الله (وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا) لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامها ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص وقد روى عن عمر رضى الله عنه لما قضى بالقسامة وافى عنده تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعى رحمهما الله مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما فى كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فأراد الولى أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل قال رحمه الله (ولا قسامة على صبى ومجنون وامرأة وعبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة وانما هم أتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على أهل النصرة ولان الصبى والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول قال رحمه الله (ولا قسامة ولا دية فى ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه واذنه) لان القسامة تجب فى القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف أنفه وفى مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق فاذا لم يكن به شئ من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فيه أو ذكره أو دبره لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على أنه قتيل بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه أو اذنه لانه لا يخرج عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا

(قوله وفى الاستحسان تجب القسامة الخ) فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه اهـ اتقانى (قوله فهو على الاختلاف الذى ذكرناه الخ) بين أبى حنيفة وصاحبيه بيانه أنه اذا ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف ومحمد فعندهما يجب الارش بناء على اختلافهم فى معنى النكول فعند أبى حنيفة أنه فى معنى البذل وبذل ما دون النفس يصح من طريق الحكم ألا ترى أن من أذن لرجل فى قطع يده ففعل لم يلزمه قصاص ولا ضمان كما لو استوفاه بحق فاذا صح بذله جاز استيفاؤه بالنكول كالاموال وعلى قولهما النكول قائم مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الى حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والاقرار لا يثبت بما قام مقام الغير ومتى تعذر استيفاء القصاص وجب المال كدم العمد المشترك اذا عفا أحد الشريكين وان نكل فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا عند أبى حنيفة وقالا يلزمه الارش كما فى النكول فى الطرف وقد كان القياس عند أبى حنيفة أن يقتص منه لما مر فيما دون النفس وانما استحسن فى اسقاط القصاص استعظاما لحرمة النفس ألا ترى أنه تعلق بها ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا وانما قال يحبس لان اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية والقسامة فى القتيل الذى يوجد فى المحلة واذا جاز أن يكون نفس الحق فمتى امتنع من ايفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله وجب أن يحبس وعلى قولهما لما تعذر استيفاء القصاص وجب المال اهـ اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم الخ) وان كان أهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار فى استحلافهم الى الورثة يختارون أهل الصلاح ان أحبوا حتى يستحلفوهم فان كان أهل الصلاح لا يكونون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم أن يختاروا من الباقى تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخى اهـ اتقانى (قوله فى المتن ليتم خمسين يمينا) كذا بخط الشارح وفى غالب نسخ المتن خمسون بالرفع اهـ (قوله فى المتن ولا قسامة ولا دية فى ميت لا أثر به الخ) قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات ودلالة القتل جراحة توجد أو دم يخرج من عينه أو أذنه أو يصعد من جوفه الى فيه وأما ما يخرج من أنفه أو دبره أو ذكره أو ينزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل الى هنا لفظه فعلى ما ذكره ينبغى أن يكون الجواب فى الدم الخارج من الفم على التفصيل اهـ غاية وكتب ما نصه والاصل فيه أن القتيل اسم لميت مات بسبب باشره حى عادة فاذا وجد فى المحل سبب قاتل عادة يوجد منه ما يستدل به على أنه قتيل والا فلا وخروج الدم من موضع يخرج منه عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل كما اذا خرج من أنفه أو فمه لانه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا على وجود سبب فى المحل وكذلك ان خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه قد يكون لعلة فى الباطن وقد يكون لاكل شئ غير موافق وكذلك ان خرج من الاحليل لا يكون ذلك دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر فى الباطن أو لضعف الكلى ولضعف الكبد وقد يكون من شدة الخوف أيضا وأما اذا خرج الدم من أذنه أو عينه كان ذلك دليل القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بضرب حادث اهـ اتقانى (قوله لان الغرامة) أراد بها الدية اهـ

وتجرى عليه أحكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه واذنه أى بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه أو أذنه ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف كان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به فى البدن ولكن أعطينا الاكثر حكم الكل فأجرينا عليه أحكامه تعظيما للآدمى والاقل ليس فى معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بأن توجد أطرافه فى القرى متفرقة وهو غير مشروع فينتفى ما يؤدى اليه فيعتبر بان فى الاكثر أو النصف مع الرأس لاغير احترازا عن التكرار ويبنى على هذا صلاة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة والدية ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا وانما وجبت القسامة والدية فى تام الخلق بالظاهر ولم تجب الدية فى عين الصبى وذكره بالظاهر لان الاطراف أقل خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال فلا تجب فيها ما لم تعلم سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطرها عظيم فيجب بدلها بالظاهر ولهذا تجب القسامة والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الاطراف ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله (قتيل على دابة معها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته دون أهل المحلة) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل فى أيديهم دون أهل المحلة فصار كما اذا وجد فى دارهم ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق أن تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن وأما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذى قتله وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة قال رحمه الله (وان مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر فى قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وكذا عمر رضى الله عنه أمر فى قتيل وجد بين وادعة وأرحب فوجد الى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت وأما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شئ عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير فى النصرة واذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم الغوث فلا ينسبون الى التقصير فى النصرة قال رحمه الله (وان وجد فى دار انسان فعليه القسامة والدية على عاقلته) لان الدار فى يده وينتصر بعاقلته ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى

(قوله وهو غير مشروع) أى تكرار الدية والقسامة اه (قوله فيجريان) أى الدية والقسامة اه (قوله ولو وجد فيهم) أى لو وجد فى المحلة وكان القياس أن يقال فيها وانما ذكر بلفظ العقلاء بتأويل ارادة القوم أو الجماعة أو أهل المحلة اه غاية (قوله لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فيكون قتيلا ظاهرا لوجود دليل القتل وهو الاثر ولا يقال الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لا يجب فى عين الصبى ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته سوى حكومة العدل ولم يجب ما وجب فى السليم منها وان كان الظاهر سلامتها لانا نقول انما لم يجب فى الاطراف قبل أن تعلم الصحة ما يجب فى السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة شئ من القصاص والدية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هنا اه اتقانى (قوله فيستدل عليه) أى على كونه حيا اه (قوله فيستدل عليه بنقصان الخلق) فكان الظاهر ههنا بمنزلة القتيل الموجود فى المحلة وبه أثر الجراحة وان كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة اه (قوله لان الانسان قد ينقل قريبه) تعليل لقوله لا يجب على السائق وقوله الا اذا كان يسوقها استثناء من قوله لا يجب على السائق فيفهم منه أنه اذا كان السائق يسوقها مختفيا يجب عليه وعلته تعلم من قوله وأما اذا كان على وجه الخفية الخ اه (قوله وادعة وأرحب) هما حيان من همدان اه اتقانى (قوله وقيل هذا الخ) قال الاتقانى قالوا وهذا اذا كان بحال يسمع الصوت منه اه (قوله فلا ينسبون الى التقصير فى النصرة) فلا تجب عليهم القسامة والدية ولا يجب شئ على أحد اه اتقانى

حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر لانه عليه الصلاة والسلام كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما أن الملاك هم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان ولان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم كان أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال رحمه الله (وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأهل الخطة هم الذين خط لهم الامام وقسم الاراضي بخطه ليميز أنصباءهم وقال أبو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين جناة والولاية أي ولاية الحفظ باعتبار الكون فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تأثير في التقديم لما شاركه المشتري ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدتها الا ان الدية والقسامة تجبان بسببها ولان أهل الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وفي الدار المشتركة ولاية التدبير الى المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد من عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فان لم يبق واحد منهم فعلى المشترين) أي ان لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد في دار انسان تدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا تدخل لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم فيها فصاروا كما اذا كانوا غائبين ولهما انهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال رحمه الله (وان وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على الرؤس) أي اذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم فيها متفاضلة بان كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤسهم ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال رحمه الله (وان بيع ولم يقبض فهو على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد) أي اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة من هي في يده وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي تصير اليه لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة رحمه الله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا ترى أنه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا وان كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذه ضمان جناية

(قوله وقال أبو يوسف هي عليهم) الذي بخط الشارح هو عليهم اهـ (قوله في المتن وهي على أهل الخطة دون السكان الخ) قال في المنظومة في الباب الذي يختص به يعقوب

وانما قسامة القتيل * على ذوي الخطة والدخيل

قال في الحصر ما نصه واذا كان في المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة على أهل الخطة حتى لو لم يكن الا واحد كرر عليه خمسون يمينا والدية على عاقلته لان مبنى هذا الامر على التدبير والرأي والنسبة وذلك الى أهل الخطة ألا ترى أنه اذا وجد في دار فهو على مالكها دون خدمه وأجرائه واذا وجد في مسجد جامع فعلى جماعة المسلمين وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى أهل الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة والدية لان وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ أو لوجود القتيل بينهم والكل في ذلك سواء اهـ ما قاله في الحصر وقال في المصفى في شرح هذا البيت ما نصه اذا كان في المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فالكل سواء في القسامة والدية وقالا على أهل الخطة حتى لو لم يكن الا واحد كرر عليه خمسون يمينا والدية على عاقلته فان لم يبق منهم واحد بأن باعوا كلهم فهو على المشترين فان قلت هل في البيت اشارة الى أن عندهما يجب على أهل الخطة دون الدخيل قلت نعم لانه لا جائز أن لا يجب عليهما لان الاجماع منعقد على وجوب القسامة ولا جائز أن يجب على الدخيل لان فيه قلب المعقول ونقض الاصول ولا جائز أن يجب عليهما لانه حينئذ يذهب الخلاف فتعين أن يجب على أهل الخطة فحسب والدخيل فعيل من دخل وأراد به المشترين والسكان اهـ (قوله ان كانوا حاضرين عندهما) وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تتكرر عليه الايمان اهـ غاية

فتجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك ألا ترى أن الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك وبخلاف ما اذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد أمانة لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية وذكر في الهداية ما يدل على أن الضمان على الغاصب قال رحمه الله (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنها لذي اليد) أي اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود أنها لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع وقد عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين) لانه في أيديهم فيستوي المالك وغيره فيه أما على قول أبي يوسف رحمه الله فظاهر لانه كان يسوي في الدار بين السكان والملاك والفرق لهما أن الفلك تنقل وتحول فتكون في اليد حقيقة فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف العقار فانه لا ينقل قال رحمه الله (وفي مسجد محلة على أهله وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال) لان التدبير في مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة لا يختص به أحد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل فديته تكون في بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة والاسواق العامة التي في الشوارع وكذا لو وجد في مسجد جماعة يكون كما لو وجد في السوق التي هي للعامة لان التدبير في مثل هذا كله الى الامام لانه نائب المسلمين لا الى أهل هذه السوق بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على الملاك على الاختلاف الذي بينا لانها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ أهل المحلة وفي المنتقى اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله على أهله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك قال رحمه الله (ويهدر لو في برية أو وسط الفرات) لان الفرات ليس في يد أحد ولا في ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا وذكر الكرخي وشيخ الاسلام أن النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه في أيدي المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب لانه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر قال رحمه الله (ولو محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى) أي لو كان القتيل محتبسا في شاطئ النهر فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع لان الشط في أيديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا أخص بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط قال رحمه الله (ودعوى الولي على واحد من غير أهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا) وقد ذكرناه مع تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان فيه فلا نعيده قال رحمه الله (وان التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة الا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم الا اذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك كلهم أو على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على المدعى عليه الا بحجة على ما بينا وقوله أو على معين منهم ان أريد به الواحد من أهل

(قوله حتى يشهد الشهود أنها لصاحب اليد) قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه يريد به اذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يده فالقول قولهم الا أن يقيم بينة على الملك اه غاية (قوله ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما) لان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع اليهم اه هداية (قوله وعند أبي يوسف رحمه الله على أهله) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل منهم اه هداية (قوله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك) وقد تقدم الخلاف فيها في الورقة المتقدمة اه (قوله فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع) يريد به اذا كان يسمع الصوت من القرى اه غاية (قوله في المتن فأجلوا) أي انكشفوا وانفرجوا يعني ذهبوا وتركوا قتيلا اه غاية (قوله الا اذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك) أي الذين التقوا بالسيوف اه

المحلة يستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله لان أهل المحلة يبرؤن بدعوى الولى على واحد منهم بعينه وهو القياس وعندهما لا يبرؤن وهو الاستحسان وقد بيناه فى أوائل الباب فلا يستقيم وان أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالاجماع وقال أبو جعفر رحمه الله فى كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين أو خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك ممن أصابه العدو قال رحمه الله (وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا غير زيد) لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقى حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف انه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ماذكرنا وفى النهاية هذا قول محمد رحمه الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فلا يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله يقول يجوز أنه عرف أن له قاتلا آخر معه قال رحمه الله (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله تقبل شهادتهم اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولى لما ادعى القتل على غيرهم تبين أنهم ليسوا بخصماء غاية الامر أنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطل ذلك بماذكرنا فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصى اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته فحاصله أن من صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثانى أن الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ولو ادعى الولى على رجل بعينه من أهل المحلة فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما الا فى رواية عن أبي يوسف رحمه الله ذكرناه من قبل ولو وجد الرجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلة ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ فيه لان الدار فى يده حين وجد الجرح فيكون كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل فى ملكه ولهذا لا يدخل فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار نفسه لان الدار فى ملكه

(قوله فلا يستقيم) أى على قولهما اه (قوله وهو يجعلهم ممن انتصب خصما) قال فى النهاية ثم فى مسئلتنا هذه وهى ما اذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم عند دعوى الولى القتل على ذلك الرجل شهدا بأنه قتله جعل أبو حنيفة رحمه الله شهادتهما شهادة من انتصب خصما فى حادثة ثم خرج من أن يكون خصما فشهد لم تقبل شهادتهما لان نفس وجود القتيل بين أظهرهم جعلهما خصما فلا تقبل شهادتهما وجعل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله شهادتهما هذه شهادة رجل له عرضية أن يصير خصما ثم لم يصر خصما فتقبل شهادتهما وذلك أنه انما يكونون خصماء وادعى الولى عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت هذه العرضية وبه يتبين أنهم لم يكونوا خصماء فى هذه الحادثة أصلا فوجب قبول شهادتهم فيها كالشفيع اذا شهد بالبيع بعدما سلم الشفيع تقبل شهادته لهذا المعنى وأبو حنيفة رحمه الله يقول أهل المحلة صاروا خصماء فى هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم ومن صار خصما فى حادثة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة كالوكيل اذا خوصم فى مجلس الحكم ثم عزل وشهد وانما قلنا ذلك لان السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين أظهرهم كما قال عمر رضى الله عنه انما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن السبب لم يكن ذلك ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا الى هذا أشار فى المبسوط والايضاح اه وانما نقلت هذه الزيادة الايضاح اه (قوله لا تقبل شهادته) وكذلك الوصى عن اليتيم خصم فى حقوقه وان لم يخاصم لقيامه مقام اليتيم شرعا فى حقوقه ثم لو بلغ اليتيم فشهد الوصى لم تقبل شهادته اه نهاية (قوله ومن جنس الثانى) أى وهو ما اذا كان لرجل عرضية أن يصير خصما الخ اه (قوله وشهدا تقبل شهادتهما) وكذلك الوكيلان بالخصومة اذا عزلا قبل الخصومة ثم شهدا بذلك قبلت شهادتهما لان الوكيل بالخصومة انما يصير خصما بمكان القضاء لانه لا يصح فى غيره فصارت وكالته مقيدة بالمكان فلا تثبت قبله كالوقت بالزمان كذا فى الاسرار ثم قال فيه فما قاله أبو حنيفة أظهر وما قالاه أحق لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا اه نهاية (قوله فديته على عاقلة ورثته عند أبى حنيفة) قال فى الهداية فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة اه قال فى الدراية قوله فديته على عاقلته أى على عاقلة ورثته لورثته اه فلا تخالف بين عبارة الشارح وعبارة الهداية اه (قوله وقالا) أى زفر اه هداية (قوله فتجب على عاقلتهم) أى تجب الدية على عاقلة الورثة للورثة هذا اذا اختلف العواقل أما اذا اتحدت عاقلة المقتول مع عاقلة الورثة فحينئذ تجب الدية على عاقلة المقتول للورثة فيحمل ماذكره أولا فى المتن بقوله فديته على عاقلته لورثته على ما اذا اتحد

حكما وقت ظهور القتل فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه وهذا الان ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باق بعد موته فيبقى ملكه كذلك ولو أن رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث ووجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن لانه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمن بالشك ولابي يوسف رحمه الله أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان وهم ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها وتكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة أيضا على العاقلة لان القسامة لا تجب الا على من كان من أهل النصرة وهي ليست من أهلها فأشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة ثم قال المتأخرون من أصحابنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل لانا أنزلناها قاتلة فتشارك العاقلة فتجب عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح فيها وفيما اذا باشرت القتل بنفسها ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على تلك القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل في تلك القبيلة ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطا فان لم يزل صاحب فراش أضيف الموت اليه والا فلا لانه يحتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا معه جريح به رمق فحمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا في الهداية ولو وجد قتيل في أرض موقوفة أو دار موقوفة على أرباب معلومة فالقسامة والدية على أربابها لان تدبيره اليهم وان كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا حكمه ولو وجد في معسكر نزلوا في فلاة مباحة ليست بمملوكة لاحد فان وجد في خيمة أو فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا منها ينظر فان كانوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبائل قبائل في أماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المصر ألا ترى أنه ليس لغيرهم أن يزعجهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما وان استويا فعليهما كما اذا وجد بين القريتين أو بين المحلتين وقال في الهداية ان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كانوا نزلوا جملة مختلطين فعلى أهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبة اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد خارج الخباء عليهم كلهم وان كان الارض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية وهذا عند محمد ظاهر والفرق لابي يوسف رحمه الله بينه وبين المحلة أو الدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره وان كانوا قاتلوا عدوهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أنه قتيلهم والله أعلم بالصواب

كتاب المعاقل

قال رحمه الله (هي جمع معقلة وهي الدية) أي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكه يقال عقل البعير عقلا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه عن القبائح قال رحمه الله (كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال عقلت القتيل أي أعطيت ديته وعقلت عن القاتل أي أديت عنه ما لزمه من

العواقل والاتحاد هو الغالب فان قلت كيف يستقيم أن تعقل عاقلة الورثة للورثة وليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لانفسهم قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم وهذا الان عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا وعند الشافعي أقرباؤه اهـ غاية (قوله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل) أي في هذه المسئلة اهـ كافي وهداية قال في النهاية وانما قيد بقوله في هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في المعاقل بقوله وليس على النساء والذرية عقل اهـ

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل خطأ وما في معناه الدية على العاقلة شرع في بيان ذلك وسميت الدية عقلا ومعقلة لان ابل الديات كانت تعقل بفناء ولي المقتول ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة وان كانت دراهم أو دنانير وقيل انما سميت بالمعقلة لانها تعقل الدماء عن أن تسفك ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها ويقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا اذا أمسكه اهـ غاية (قوله في المتن هي جمع معقلة) قال العيني بفتح الميم وسكون العين وضم القاف كمكرمة قال الشارح جمع معقلة بالضم قلت هذا لبس لان قوله بالضم يتبادر الذهن الى ضم الميم وليس كذلك بل الضم للقاف والفتح للميم اهـ

الدية وقد ذكرنا الدية وأنواعها فى كتاب الديات وأما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ما صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة فقال أبو القاتلة المقضى عليه يارسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فمثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من الكهان ولان النفس محترمة فلا وجه الى إهداره ولا لايجاب العقوبة على الخطئ لانه معذور ومرفوع عنه الخطأ وفى ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من إجحافه واستئصاله فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما كانوا أخص بالضم اليه لانه انما يقصر فى الاحتراز لقوة فيه لان الغالب أن الانسان انما لا يحترز فى أفعاله اذا كان قويا فكأنه لا يبالى باحد وتلك القوة تحصل بانصاره غالبا وهم أخطؤا بنصرتهم له لانها سبب للاقدام على التعدى فقصروا بها عن حفظه فكانوا أولى بالضم اليه وقوله كل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح أو بالشبهة لان الفعل العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تتحمل عنه العاقلة قال رحمه الله (وهى أهل الديوان ان كان القاتل منهم تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله على أهل العشيرة لما روينا وكان كذلك الى أيام عمر رضى الله عنه ولا نسخ بعد النبى صلى الله عليه وسلم فيبقى على ما كان ولانها صلة فالاقارب بها أولى كالارث والنفقات وانا قضية عمر رضى الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بحضرة من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف والولاء والعد وهو أن يعد لرجل من قبيلة وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من ايجابها فى أصول أموالهم لانه أخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج فى كل سنة مرة واحدة قال رحمه الله (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب اذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب فى سنة واذا كان أكثر منه يجب فى سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية يجب فى ثلاث سنين لان جميع الدية فى ثلاث سنين فيكون كل ثلث فى سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب فى ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا أو انقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعى ما وجب على القاتل

(قوله وأما وجوبها على العاقلة الخ) قال الاتقانى ثم الدية مشروعة بالكتاب نحو قوله تعالى فدية مسلمة الى أهله وبالسنة نحو قوله عليه الصلاة والسلام فى نفس المؤمن مائة من الابل وباجماع الامة لانه انعقد اجماعهم على ذلك ولا منكر لمشروعيته أصلا ووجوبها على العاقلة بحديث حمل بن مالك وهو ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى أبى هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنينها عبدا أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم وقال حمل بن النابغة الهذلى يارسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه الذى سجع ثم قال الاتقانى حمل بن مالك هو بالحاء المهملة والميم المفتوحتين حمل بن مالك بن النابغة الهذلى أسلم ثم رجع الى بلاد قومه ثم تحول الى البصرة وابتنى بها دارا اه (قوله لانه معذور) لانه لم يقصد القتل وكذا الذى باشر شبه العمد لان الآلة ليست بموضوعة للقتل فكان فى معنى الخطا اه اتقانى (قوله لما فيه من اجحافه) أى اجحاف الخاطئ أى اهلاكه اه (قوله وقوله كل دية وجبت بنفس القتل) أى ابتداء وهو احتراز عما اذا وجبت الدية فى ثانى الحال لا ابتداء كما اذا قتل الاب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ولكنه يسقط ذلك الى الدية لشبهة الابوة فتجب الدية فى مال الاب لا على العاقلة وكذا اذا وجبت الدية صلحا عن العمد يجب ذلك فى مال القاتل حالة الا اذا اشترط التأجيل بخلاف ما يجب على الاب فانه يجب فى ثلاث سنين اه اتقانى (قوله فى المتن وهى أهل الديوان) انظر كلام الشارح فى المقالة الاخيرة من هذا الباب ففيها ما يناسب هذه المقالة وفوائد جليلة اه (قوله بالحلف) بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة اه غاية (قوله وهو أن يعد) قال الاتقانى والمراد من العد أن يكون من قبيلتهم يقال فلان عديد بنى فلان اه (قوله فجعلها) أى على المقاتلة من أهل الديوان حتى لا تجب على النسوان والصبيان لانه لا يحصل بهم التناصر اه غاية (قوله والتقدير بثلاث سنين مروى الخ) انه جعل دية الخطا على العاقلة فى ثلاث سنين اه اتقانى

(قوله لان الواجب الاصلى هو المثل) أى الواجب الاصلى فى الضمان هو المثل للفائت لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين الآدمى الصالح لمكرمات كرولايات والشهادات وبين المال والتحول من المثل الذى هو الآدمى الى قيمة الآدمى الفائت ثبت شرعا بخلاف القياس وانما تعينت القيمة بالقضاء فاعتبر ابتداء مدة وجوب القيمة من يوم القضاء اه اتقانى وكتب ما نصه سيأتى فى مقاوله الورقة التى بعد هذه عند قوله ولنا أن الدية انما تجب بالقضاء شيء ما يؤكده فانظره (قوله فى المتن وان لم يكن) أى القاتل اه مسكين (قوله فى المتن وتقسم عليهم فى ثلاث سنين الخ) قال فى شرح الكافى ومن جنى من أهل البادية وأهل اليمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم فى ثلاث سنين على الاقرب فالاقرب على الاخوة ثم بنى الاخوة ثم الاعمام ثم بنى الاعمام على ما عرف من ترتيب العصبات وهل يدخل البنون والآباء بعضهم قالوا يدخلون لانهم أقرب وبعضهم قالوا لا يدخلون لان الانتصار غير معتاد من الابناء والآباء (قوله وعند الشافعى الخ) وعند الشافعى على الغنى نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار كذا فى مختصر الاسرار اه غاية (قوله والاعطية الخ) قال الاتقانى والفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما تفرض ليكونوا قائمين بالنصرة قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتل والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية فى اعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا اه (قوله فى المتن والقاتل كأحدهم) تقدم فى آخر الورقة التى قبل هذه فى كلام الشارح فارجع اليه اه (قوله كواحد من العاقلة) حتى يؤخذ منه كما يؤخذ من العاقلة اذا كان من أهل العقل مثل أن يكون بالغا حرا صحيح العقل هذا كله اذا كان للرجل عاقلة فأما اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربى والذمى اذا أسلم فعاقلته بيت المال وروى عن محمد أنه قال يجب فى ماله ولا يجب على بيت المال هذا اذا أسلم ولم يوال أحدا فأما اذا عاقد أحدا عقد الولاء فجنايته على المولى الذى والاه لانه

فى ماله يكون حالا لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمد المحض وأما أن القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس لعدم المماثلة بين النفس والمال والشرع ورد به اذا كان خطأ فلا يتعداه فيجب مؤجلا ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه ثلاث سنين وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى هو المثل والنقل الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من وقته ونظيره ولد المغرور فان قيمته لا تجب قبل القضاء وانما تجب بالقضاء فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت قال رحمه الله (وان لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته) لما روينا ولان نصرته بهم وهى المعتبرة فى الباب قال رحمه الله (وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يؤخذ من كل فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية فى ثلاث سنين على أربعة) وذكر القدورى رحمه الله أنه لا يزاد الواحد على أربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها والاول أصح فان محمدا رحمه الله نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد فى كل سنة الا درهم أو درهم وثلث كما ذكرهنا لان معنى التخفيف مراعى فيه ولو أخذ منه فى كل سنة أربعة يكون فى ثلاث سنين اثنا عشر درهما فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال رحمه الله (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات) ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا فى آباء القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون قالوا هذا فى حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن ايجابه على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك فى حقهم فان لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقى فى مال الجانى وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات أى أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب يفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هى أحط رتبة من الزكاة ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية فى أرزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة الثلث لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطايا فأقيم مقامها اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج فى كل سنة يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا وان كانت تخرج فى كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية وان كانت تخرج فى كل شهر فبحسابه وان كانت لهم أعطية فى كل سنة وأرزاق فى كل شهر فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية أصل ومن الارزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الاصل ولان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدى الى الاضرار بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤتلفين فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء منه قال رحمه الله (والقاتل كأحدهم) أى كواحد من العاقلة

لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شئ من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه مثل ما ينصره غيره بل أشد فكان أولى بالايجاب عليه فاذا كان المخطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض ألا ترى أن كل واحد من العواقل لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب عليه البعض فظهر بذلك أن اعتبار الجزء بالكل باطل قال رحمه الله (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان نصرته بهم واسمه ينبئ عنها يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم قال رحمه الله (ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته) ومولى الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه الذى عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته أى قبيلة مولاه الذى عاقده لان العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه فى الولاء قال رحمه الله (ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم صلحا ولا اعترافا) لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم قال رحمه الله (الا أن يصدقوه) فى الاقرار لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ما ثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حال الا اذا اشترط التأجيل فى الصلح وقد عرف فى موضعه ولو أقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا الى الحاكم الا بعد سنين فقضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين كان أول المدة من يوم يقضى عليه لان التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة فكذا فى الثابت بالاقرار بل أولى لانه أضعف ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شئ فى ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما ما حجة فى حقهما فلا يلزمه الا حصته بخلاف الاول حيث يجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد التصديق من الولى بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا قال رحمه الله (وان جنى حر على عبد خطأ فهى على عاقلته) يعنى اذا قتله لان العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعي رحمه الله لا تتحمل النفس أيضا بل تجب فى مال القاتل لانه بدل المال وفى الحديث لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولنا أنه آدمى فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لان ما يجب بقتله دية وهى بدل الآدمى لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث جنايته أى لا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا أن يفديه المولى قال أصحابنا رحمهم الله ليس على النساء والذرية ممن له حظ فى الديوان عقل لقول عمر رضى الله عنه لا يعقل مع العواقل صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم كذا فى الهداية وهذا صحيح فيما اذا قتله غيرهما وأما اذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر ويعقل

وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فليس له أن يتحول وكذلك لو لم يوال أحدا حتى عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالى أحدا بعد ذلك قاله الاتقانى نقلا عن شرح الطحاوى اهـ وكتب ما نصه سيأتى فى الصفحة الآتية لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شئ عليهما من الدية ثم قال الشارح بعد هذا بقليل وأما اذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة اهـ (قوله بخلاف الاول) أراد به ما اذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية فى ماله لان اقراره حجة على نفسه ويدعى ولى القتيل عليه أيضا وهنا فيما نحن فيه لا يدعى ولى القتيل عليه لانه تصادق مع القاتل أن الدية على العاقلة وقد قضى بها القاضى عليهم فلا يكون على القاتل شئ اهـ (قوله فى المتن وان جنى حر على عبد خطأ فهى على عاقلته) هذا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف فى مال القاتل لانه ضمان مال عنده ذكره هذا الشارح وصاحب الهداية فى مسألة الاصطدام اهـ (قوله قال أصحابنا ليس على النساء والذرية) الذرية أولاد الاولاد وأراد هنا الصبيان وهى مأخوذة من الذر وهى صغار النمل اهـ غاية (قوله والفرض لهما) أى للصبى والمرأة اهـ (قوله للمعونة) أى لمعونة الجند اهـ وكتب ما نصه بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك اهـ غاية

على كل مصر عن أهل سوادهم لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلونهم أهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعد والحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها أخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه أهل ديوانه ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب اليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لان أهل الديوان هم الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا كانوا قريبا له وله في البادية أقرب منهم نسبا لان الوجوب بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة في الانكاح ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا يعقلون عن أهل المصر النازل فيهم لانهم لا يستنصرون بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فديته في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية في ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه من القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر بينهم ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء وحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة فصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن الدية انما تجب بالقضاء على ما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه العاقلة فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما اذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا إبطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى على أهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم تنتقل عنهم وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا تتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطائهم ولو كان قضى بها في أول مرة لانه ليس نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وعطاؤهم أموالهم غير أن الدية تقضى

من

(قوله وقيل اذا لم يكونوا قريبا له الخ) قال الاتقاني اعلم أن المشايخ اختلفوا في هذه المسئلة فبعضهم لم يشترط أن يكون الجاني قريبا لاهل الديوان بل قالوا عقل عنه سواء كان قريبا لهم أو لم يكن لانه اذا كان بين ظهرانيهم صار كالعديد والحليف لهم وبعضهم اشترطوا ذلك وقالوا عقل عنه اذا كان قريبا لهم وهو الاصح (قوله وانما يعقلونه اذا كانوا قريبا له) وهو الاصح اه اتقاني (قوله كما في حق المسلم) وهذا في حق الذمي أما المسلم اذا جنى ولم يكن له عاقلة فعاقلته بيت المال وهو الظاهر وعن أبي حنيفة أنه يجب في مال الجاني قاله الاتقاني وسيجيء في الصفحة الآتية اه (قوله يقضى بالدية في ماله) وانما أطلق القتل ليشمل العمد والخطأ لان الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمدا أو خطأ لان العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير اه اتقاني (قوله لكن حصة القاتل الخ) يتعلق بقوله بخلاف ما اذا حول بعد القضاء اه

من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بأن كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى بالابل من مال العطاء بأن يشترى به لانه أيسر قال علماؤنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذة أنها تجب في ماله ووجهها أن الاصل أن الدية تجب على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة يعقله عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لانه تبين أن الدية كانت واجبة عليهم لانه بالاكذاب ظهر أن النسب كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر أن النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بما عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه جناية وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ترجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه عند أداء بدل الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت ثبتت الحرية للاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة ثم مسائل المعاقل من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة والضابط الذي يرد كل جنس الى أصله أن يقال ان حال القاتل ان تبدل حكما بسبب حادث فانتقل من ولاء الى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها أو لم يقض وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم أعتق الاب يجر ولاء الولد الى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضى بها أو لم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها انسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة لحالة الحفر ألا ترى أن العبد لو حفر بئرا في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها انسان فالضمان على البائع ولو أعتقه مولاه بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها انسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا ومن نظيره حربي أسلم ووالى رجلا فجنى جناية ثم أعتق أبوه جر ولاءه لان ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول الولاء بسبب حادث ولا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفية فيه تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبي بالجناية ولو لم يتبدل حال الجاني ولم تظهر فيه الحالة الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء لا غير فان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية والا قضى بها على الثانية وذلك مثل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل البصرة وان لم يكن فيه شئ مما ذكرنا ولكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل وتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل ورد كل واقعة من النظائر والاضداد الى أصلها والله الهادي الى الرشاد وهو الموفق للعباد ويشرح صدورهم للسداد

كتاب الوصايا

الايصاء لغة طلب شئ من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته وفي الشرع ما ذكره في

(قوله قضى بها أو لم يقض) لانه انما يصير مولى لقوم أبيه عند عتق أبيه لانه انما صار الاب من أهل الولاء يومئذ والجناية قد تقدمت على هذه الحالة فلا يستقيم إلزامها على قوم الاب ولم يكن مولى لهم وقت الجناية اه غاية

كتاب الوصايا

المختصر فقال (الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة قال رحمه الله (وهى مستحبة) أى الوصية مستحبة هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى فان كان عليه حق مستحق لله كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التى فرط فيها فهى واجبة والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو أضافه الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أن الشارع أجازها لحاجة الناس اليها لان الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافى ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه الى حاجته الحالى فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح ومثله الاجارة لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان وأجازها الشارع للضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم وعليه اجماع الامة ثم تصح الوصية للاجنبى بالثلث من غير اجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يا رسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير أو كبير انك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا أن الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار وقد جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث و بالوصية للورثة قال رحمه الله (ولا تصح بما زاد على الثلث ولا لقاتله ووارثه ان لم تجز الورثة) أما الاول فلما بينا وأما الثانى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا كان أو خطأ بخلاف التسبيب لان التسبيب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كالميراث سواء أوصى له قبل القتل ثم قتله أو أوصى له بعد الجرح لاطلاق ما رويناه وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض يتأذى بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذى رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو أوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه فى هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى يعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الاقرار لانه تصرف فى الحال فيعتبر حاله فى ذلك الوقت حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه أن يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية ولان اقراره لمولاه وهو أجنبى عنه وكذا لو أقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها وأما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو أقر لاخيه

(قوله ولا يرثنى) أى بالفرض والا فله عصبة كثيرة اهـ (قوله قلت فالشطر) الشطر منصوب بنزع الخافض أى أفأوصى بالشطر وفى بعض النسخ مضبوط بالجر ولا اشكال فيه اذ هو الظاهر اهـ (قوله قال الثلث) قال النووى يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على أنه فاعل أى يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر وعكسه والنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث اهـ (قوله أن تذر) مبتدأ وخير خبره والجملة خبر ان من انك فالتقدير تركك أولادك أغنياء خير اهـ (قوله بخلاف التسبيب) أى كما فى حافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه اهـ غاية (قوله فلا وصية لوارث) مقتضى الحديث وعبارته فى المتن وما ذكره الشارح من العلة أن الوصية لا تصح للوارث بالثلث ولا بغيره وقول الشارح رحمه الله فى آخر المقالة التى قبل هذه ولان حق الورثة تعلق بماله الخ صريح فيما قلناه من عدم الصحة بالثلث و بغيره وقد قال الولوالجى رحمه الله فى فتاواه ما نصه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا أن تجيز ورثة الميت بعد موته أما عدم الجواز عند عدم اجازة الورثة فلما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال يا رسول الله أوصى بمالى كله قال لا قال بنصفه قال لا قال بثلثه قال الثلث والثلث كثير أما الجواز عند اجازة الورثة بعد الموت فلان المنع كان لحقهم وقد أسقطوا حقهم فيزول المنع وكذلك لو أوصى لوارثه وان قل لم يجز الا أن يجيز أصحابه بعد موت الموصى أما عدم الجواز عند عدم الاجازة لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث وأما الجواز عند الاجازة فلما قلنا اهـ

لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله ان لم تجز الورثة راجع الى الثلاثة المذكورة الوصية بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع فى الكل لحقهم فتجوز باجازتهم ألا ترى الى ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تجوز وصية لوارث الا أن تشاء الورثة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام قال لا وصية لوارث الا أن يجيزها الورثة ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغا عاقلا وان أجاز البعض دون البعض تجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره ولا معتبر باجازتهم فى حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصى ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط فى نفسه مضمحل متلاش فكان لهم أن يردوه بعد موت المورث ولا يقال كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة فى ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض وأن الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى أول المرض فصار كاجازتهم بعد موته لانا نقول الاستناد انما يظهر فى حق القائم فاجازتهم حين وقعت فى حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر فى حقه الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة فاذا لم يتصور بقى حقا على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته حيث لا يكون لهم أن يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره وأجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها غيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال الشافعى رحمه الله يتملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء فى مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا فى الثلث ولهذا لا تنفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا أجاز صار مملكا له من جهته ضرورة ولنا أن الوصية صدرت من الموصى وصادفت ملكه حالا ومآلا لان جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ بحوائجه ولا يملك الوارث الا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضاء دونه ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله فاذا أوصى صار مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم فاذا أجازوا الوصية ظهر أنه لم يكن منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم ونفذ العقد السابق كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن ولا يقال لو كان الوارث مريضا فأجاز يعتبر من ثلثه فدل على أنه تمليك منه لانا نقول اسقاط الحق يعتبر من الثلث كاجارته العتق والبيع الذى فيه محاباة وليس بتمليك من جهته فكذا هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفى تملك الموصى له قبل القبض وعنده لا يملك وفى مشاع يحتمل القسمة حيث تجوز الاجازة فيه عندنا وعنده لا تجوز وقال أبو يوسف رحمه الله الوصية للقاتل لا تجوز باجازة الورثة لان امتناعها للجناية وهى باقية ولهما أن امتناعها لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال رحمه الله (ويوصى المسلم للذمى وبالعكس) أى يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله الآية والثانى لانهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز

(قوله وعن عمرو بن شعيب الخ) قال فى شرح الطحاوى وان أجاز بعض الورثة ولم يجز البعض ففى حق الذى أجاز كأن كلهم أجازوا وفى حق الذى لم يجز كأن كلهم لم يجيزوا وبيان ذلك اذا مات الرجل وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله فان أجازت الورثة فالمال بينهم أرباعا للموصى له ربعان وهو النصف وربعان للابنين لكل واحد منهما ربع المال ولو لم يجيزوا فللموصى له ثلث المال والثلثان للابنين لكل واحد منهما ثلث المال ولو أجاز واحد ولم يجز الآخر جاز فى حق الذى أجاز كأنهما أجازا ويعطى له ربع المال وفى حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا يعطى له ثلث المال والباقى يكون للموصى له فيجعل المال على اثنى عشر لانا احتجنا الى الثلث والربع فالربع للذى أجاز وهو ثلاثة أسهم والثلث للذى لم يجز وهو أربعة أسهم وبقى خمسة فهى للموصى له اهـ غاية (قوله لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الخ) وقال محمد فى الكتاب بلغنا ذلك عن ابن مسعود يعنى ان اجازة الورثة الوصية قبل الموت ليست بشئ اهـ اتقانى (قوله حيث لا يكون لهم الخ) قال ابن أبى ليلى ليس لهم أن يرجعوا فى الوجهين لان حقهم ثبت فى مرض الموت فاذا مات تبين أنهم أسقطوا حقه بعد ثبوته فصح اهـ اتقانى (قوله فى المتن ويوصى المسلم للذمى الخ) يجوز للمسلم أن يوصى لفقراء النصارى لان ذلك ليس بمعصية بخلاف بناء البيعة اهـ كاكى (قوله والثانى) قال الاتقانى فلأن من جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم اهـ

فى حالة الحياة من الجانبين فكذا المضاف الى ما بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية وقال فى النهاية ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال ووجه التوفيق أنه لا ينبغى أن يوصى لهم وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك والمستأمن كالذمى فى حق الوصية لان له أن يملكه المال حال حياته فكذا مضافا الى ما بعد مماته قال رحمه الله (وقبولها بعد موته وبطل ردها وقبولها فى حياته) أى قبول الوصية بعد موت الموصى لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبران قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم غدا فان ردها وقبولها قبل مجىء الغد باطل لما ذكرنا وقال زفر رحمه الله اذا رد الوصية فى حال حياة الموصى لم يجز قبوله بعد موته لان ايجابه كان فى حياته وقد رده فبطل والحجة عليه ما بينا قال رحمه الله (وندب النقص من الثلث) أى يستحب أن يوصى بأقل من الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه استوفى حقه على التمام فتفوته الصلة على القريب واليه أشار أبو بكر وعمر رضى الله عنهما بقولهما لأن يوصى بالخمس أحب الينا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب الينا من أن يوصى بالثلث وترك الوصية أفضل اذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون منه لما فيه من الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح وقال عليه الصلاة والسلام أن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم فقراء الحديث ولان فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية بأقل من الثلث أولى من تركها اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بماله لانه جمع بين الصدقة على الاجنبى والهبة من القريب وقيل الاولى أولى لانه يبتغى بها رضا الله تعالى وبالهبة رضاهم وقيل يخير لان كل واحد منهما يشتمل على فضيلة وهى الصدقة أو الصلة فكان له أن يفعل أحدهما أيهما شاء أو يجمع بينهما قال رحمه الله (وملك بقبوله) أى الموصى له يملك بالقبول وقال الشافعى وزفر رحمهما الله يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره بخلاف الميراث لانها خلافة حتى تثبت هذه الاحكام فتثبت جبرا من الشارع من غير قبول لولايته عليه ولانه لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بان أوصى له بعبد أعمى أو دنان مكسرة أو بزبل مجتمع فى داره فانه يجب عليه نفقة العبد ونقل المكسر والزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه قال رحمه الله (الا أن يموت الموصى له بعد موت الموصى قبل قبوله فانه يملكه بدون القبول) وهذا استحسان والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن أحدا لا يقدر على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشترى قبل القبول بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى أو البائع ثم مات من له الخيار

(قوله لانهم من أهل الملك) أما وصية الحربى لمسلم أو ذمى بماله كله فذلك جائز وسيجىء بيانه فى باب وصية الذمى وقال فى مختصر الاسرار اذا أوصى المسلم للحربى لم تصح الوصية مع اختلاف الدار خلافا للشافعى لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم الآية ولان فى دفع الوصية اليهم تقوية لهم على حربنا وفى تكثير ماله اضرار للمسلمين وصار كما لو أوصى بالسلاح وبالعبد المسلم ولان من لا تجوز له الوصية بالعبد المسلم لا تجوز له الوصية بالمال اهـ اتقانى وقال العينى فى شرحه ولا تصح للحربى عندنا خلافا للثلاثة اهـ (قوله فى المتن وقبولها بعد موته الخ) اعلم أن قبول الموصى له شرط لافادة الملك للموصى له حتى لا يملك قبل القبول الا فى مسئلة واحدة سيجىء بيانها بعد هذا اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال الكرخى فى مختصره قبول الموصى له ورده انما يكون بعد موت الموصى ولا ينظر الى رده ولا الى اجازته قبل الموت واذا قبل الموصى له بعد موت الموصى ملك ما أوصى له به اذا كان قدر الثلث فان لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تصير فى ملكه حتى يقبل وهى خارجة عن الموصى بموته ليست فى ملك الوارث ولا فى ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت فيكون ما أوصى له لورثته من بعده وموته كقبوله عند أصحاب أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وجعلوا ذلك بمنزلة البيع اذا كان فيه الخيار للمشترى دون البائع فمات المشترى فى الثلاث فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشترى الى هنا لفظه اهـ اتقانى (قوله الكاشح) الكاشح الذى يخفى عداوته فى كشحه والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذى أعرض وولاك كشحه وانما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها ولا كذلك فى ذى الرحم الصديق اهـ كاكى (قوله وقيل الاولى) أى الصدقة على الاجنبى اهـ (قوله فى المتن وملك بقبوله) قال الاتقانى ثم القبول كما فى شرح الطحاوى على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل فالصريح أن يقول بعد موت الموصى قبلت والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا لورثته اهـ اتقانى

قبل الاجازة وكذا اذا أوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه قال رحمه الله (ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم لكونه فرضا والوصية بغير الواجب تبرع و بالواجب وان كان فرضا لكن حق العبد مقدم وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط بالموت على ما عرف في موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال علي رضي الله عنه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين قال رحمه الله (والصبي) وقال الشافعي رحمه الله تصح وصية الصبي اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله تعالى عنه أجاز وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولان فيه نظراله بتحصيل التقرب الى الله تعالى ولو لم ينفذ يبقى ملكا للغير ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله و بعد الموت ينعكس النظر فتنفذ ولان الوصية أخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية ولنا أنها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضر باعتبار أوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال ألا ترى أن طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا في بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يؤدي الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا ولهذا لم يستفسر عمر رضي الله عنه أن وصيته كانت في القرب أو غيرها ويحتمل أن وصيته كانت في تجهيزه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين فيها النفع وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لانه ليس بأهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهما كاملة وانما منعا لحق المولى فتصح اضافتهما الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحد منهما ان أعتقت فثلث مالي وصية لفلان أو للمساكين قال رحمه الله (والمكاتب) أي لا تصح وصية المكاتب لان الوصية تبرع وهو ليس من أهله ثم اعلم أن وصية المكاتب ثلاثة أقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا تصح كمن أوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو أجازها بعد العتق جازت على أن الاجازة انشاء الوصية لان الوصية تصح بلفظة الاجازة بخلاف ما اذا أعتق عبده ثم أجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظة الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا أضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا أعتقت فثلث مالي وصية لفلان أو أوصيت بثلث مالي له حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية له في حال حياته مطلقا وانما تثبت بطريق الضرورة فلا يظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائزة وهذا بناء على أن للمكاتب نوعي ملك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي وهو ما قبل العتق فعند أبي حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس بموجود والظاهر بقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحا للتصرف أو يتناول النوعين فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريته فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وتنحل بها اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسئلة في شرح الزيادات قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي أن تكون هذه المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وهي ما اذا قال أحدهما اذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر يصح و يعتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر فأعتق

(قوله في المتن ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله) الا أن يبرئ الغرماء الموصى من الدين فحينئذ تجوز وصيته في الثلث أو في أكثر منه على تقدير اجازة الورثة أو عدمها لعدم المانع وهو الدين اه اتقاني (قوله لان الدين مقدم على الوصية) أي بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين اه اتقاني (قوله وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين) أي يقول الدين قبل الوصية ومعناه ان في الآية تقديما وتأخيرا ثم هما جميعا مقدمان على الميراث اه قال في الكشاف فان قلت لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة قلت لما كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ولا تطيب أنفسهم بها فكان أداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان النفوس مطمئنة الى أدائه فلذلك قدمت على الدين بعثا على المسارعة الى اخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة أو للتسوية بينهما في الوجوب اه اتقاني (قوله ولنا أنها تبرع) محض بالاجماع والصبي ليس من أهل التبرع اه غاية (قوله بخلاف العبد) أي اذا قال ان أعتقت ثم مت فثلثي لفلان اه غاية (قوله بأن يقول الخ) متعلق بقوله بخلاف العبد والمكاتب اه

ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر يعتق عندهما اذا ملك بعد لعتق لا ينصرف الى ملك قابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله لانه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدى حر ينصرف الى الطلاق فى هذا النكاح الفاسد لانه هو الظاهر جعل الخلاف فى هذه المسئلة فيما اذا قال فكل مملوك أملكه فيما أستقبل وفى مسئلة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهره تناقض ويحتمل أن يكون لكل واحد منهم روايتان فى المسئلتين والا فلا فرق بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان فى الجواب قال رحمه الله (وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لاقل مدته من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيأ ولا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول وأما الثانى وهو ما اذا أوصى بالحمل فلانه يجرى فيه الارث فتجرى فيه الوصية أيضا لانها أخته ثم شرط فى الهداية أن يولد لاقل من ستة أشهر فيهما مثل ما ذكر فى هذا المختصر وقال فى النهاية تجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر أى من وقت موت الموصى لا من وقت الوصية من غير تفصيل وذكر فى الكافى ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت قال رحمه الله (ولا تصح الهبة له) أى للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلى عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع قال رحمه الله (وان أوصى بأمة الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح إفراده ولان الحمل يجوز إفراده بالوصية فكذا استثناؤه منها الا ان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ما مر فى البيوع ويكون الاستثناء منقطعا بمعنى لكن اذ لم يدخل تحت اللفظ قال رحمه الله (وله الرجوع عن الوصية قولا وفعلا بان باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة) لان الوصية تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقا كما فى الهبة قبل القبض ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشئ الموصى به فعلا يدل على الرجوع وهو المراد بقوله وفعلا بان باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط أو الشراء به فان الفسخ أو الاجازة تكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه أن كل فعل لو فعله الانسان فى ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا أو الصفر آنية لانه لما أثر فى قطع ملك المالك فلأن يؤثر فى المنع أولى وكذا كل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف أوجب زوال الملك فهو رجوع وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه أو بقطن ثم غزله أو بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا آخر غير الموصى به وكذا لو أوصى بسويق فلته بسمن أو بالعكس أو بدار فبنى فيها أو بقطن فحشا به أو ببطانة فبطن بها أو بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها أو وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك

(قوله وهذا ظاهره الخ) لاتناقض لان وضع الوصية للاستقبال فلا حاجة الى ذكره اه (قوله فى المتن وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت الخ) هذا اذا كان زوج الحامل حيا فان كان ميتا فالشرط أن تأتى به لاقل من سنتين وهو حى وان أتت به ميتا لا تجوز الوصية لانها اذا أتت به حيا لاقل من سنتين يثبت وجوده وقت الوصية حكما لاثبات النسب من الزوج لان النسب انما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا باعتبار العلوق الحادث بعد الموت فلما حكمنا بثبوت النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم موت الموصى لان الموصى مات بعد الزوج بخلاف ما لو كان الزوج حيا فولدت لستة أشهر من يوم موت الموصى لا تصح الوصية لان الوطء اذا كان حلالا والزوج متمكنا من الوطء فانما يحال بالعلوق الى أقرب الاوقات فاذا أحيل بالعلوق الى أقرب الاوقات لا يتيقن بوجود الحبل يوم موت الموصى الا اذا أتت به لاقل من ستة أشهر فأما اذا كان الزوج ميتا فانه يحال بالعلوق الى أبعد الاوقات حملا لامرها على الصلاح اه محيط (قوله وكذا لو أوصى بسويق) فى الهداية جعل هذا نظير فعل يوجب زيادة فى الموصى به وجعل فى الكفاية هذا نظير الخلط بغيره اه (قوله وذبح الشاة الموصى بها استهلاك) فيه نظر اذ الغاصب لا يملك الشاة بالذبح فقط وجعل فى الكفاية من أنواع الرجوع دلالة ما اذا نقص الموصى الموصى به حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء فتبطل

فتبطل به الوصية بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها اوغسل الثوب الموصى به حيث لايكون رجوعا لانه تصرف فى التبع ومن أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا معنى ولو أوصى برطب فصار تمرا لاتبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا أوصى بعنب فصار زبيبا والفرق أن الرطب والتمر جنس واحد ولهذا اجاز استيفاء أحدهما مكان الآخر فى السلم وبخلاف ما اذا أوصى بالكفرى فصار رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا اذا أوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير فى هذه المسائل بعد موت الموصى لاتبطل الوصية سواء كان قبل القبول أو بعده قال رحمه الله (والجحود لايكون رجوعا) كذا ذكره محمد رحمه الله فى الجامع الكبير وذكر فى المبسوط أنه رجوع قيل ما ذكر فى المبسوط محمول على أن الرجوع كان فى حضرة الموصى له وما ذكر فى الجامع محمول على أن الرجوع فى غيبته ومنهم من قال ما ذكر فى الجامع قول محمد رحمه الله وما ذكر فى المبسوط قول أبى يوسف رحمه الله وصاحب الهداية منهم وهو الصحيح لابى يوسف رحمه الله أن الجحود نفى فى الماضى والحال فكان أقوى من الرجوع اذ هو نفى فى الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد رحمه الله تعالى أن الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا فى الماضى كان ثابتا فى الحال فكان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فيهما لان حقيقته نفى فى الماضى ويلزم منه الانتفاء فى الحال ان كان صادقا فلا يكون أحدهما أخص من الآخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لايكون جحود النكاح طلاقا ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام أو ربا لايكون رجوعا لان الوصف يستدعى بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهى باطلة لانه الذاهب المتلاشى ولو قال أخرتها لايكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث وحكمه أنه يجوز ان اجازته الورثة ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم تكن فبقى الاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله أعلم

باب الوصية بثلث المال

قال رحمه الله (أوصى لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما) أى اذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لايزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى بخلاف ما اذا قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثانى لوجود ما يدل على الرجوع عن الاولى على ما مر قال رحمه الله (وان أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثا) معناه مع الوصية الاولى وهى الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لامزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصار ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان قال رحمه الله (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجزه فثلثه بينهما نصفان)

اليوم الموت ومثله بذبح الشاة وقال الاقطع ألاترى ان الملك فى الوصية يقع بالموت والشاة المذبوحة لاتبقى الى ذلك الوقت فدل على الرجوع اه (قوله كذا ذكره محمد الخ) وفى نوادر ابن سماعة عن محمد اذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص له لم يكن رجوعا ولو قال اشهدوا أنى لاأوصى له فهو رجوع وكذا لو وكل وكيلا ببيع عبده ثم قال اشهدوا انى لم أوكله فهو كذب وهو وكيل وان قال اشهدوا أنى لاأوكله ببيع العبد فهو عزل اه أجناس فى الغصب اه (قوله ولمحمد أن الجحود الخ) فى النهاية تأخير المصنف دليل محمد يدل على أن اختياره قول محمد ولكن ذكر فى الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبى يوسف اه كاكى وجعل فى المجمع قول محمد مختار الفتوى اه

باب الوصية بثلث المال

(قوله فى المتن ولم تجزه) قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف ومحمد لصاحب الجميع ثلاثة أرباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل فى جنس هذه المسائل أن القسمة عند أبى حنيفة عند اجتماع الوصايا فى العين بطريق المنازعة وعند أبى يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة اه غاية قال فى المجمع أو بكل وثلث فالكل مقسوم أسداسا مع الاجازة والثلث مع عدمها نصفين وقالا أرباعا فيهما اه (قوله فى المتن فثلثه بينهما نصفان) قال فى المصفى اذا لم تجز الورثة يقسم الثلث عنده نصفين لان الموصى له بأكثر من الثلث لايضرب

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) عنده وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في السعاية وأختيها ولابي حنيفة رحمه الله أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصور نفاذها بحال فتبطل أصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بأن يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث قال رحمه الله (وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح) أي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر كلاهما صحيح لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه فقوله أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله سائغ لغة قال الله تعالى واسأل القرية أي أهلها ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما في الآية لان السؤال يدل على المسؤل وهم الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز قال رحمه الله (فان كان له ابنان فله الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما

الا بالثلث فصارا سواء وان أجازت الورثة قال في الايضاح ليس عن أبي حنيفة في هذا نص واختلفوا في قياس قوله عند اجازة الورثة فقال أبو يوسف يقسم المال بينهما أسداسا بطريق المنازعة خمسة أسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث ووجهه أن نقول لا منازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيدفع الثلثان الى صاحب الجميع بلا منازعة واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفان فيصيب صاحب الثلث السدس وصاحب الجميع خمسة أسداسه وقال الحسن بن زياد ما قاله أبو يوسف قبيح فانه يصيب الموصى له عند عدم الاجازة نصف الثلث والآن كذلك لان السدس نصف الثلث بل يجب للموصى له بالثلث ربع المال والموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه ووجهه أن يقسم الثلث أولا بينهما لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة ثم يقسم الثلثان فنقول أصل المسئلة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث ثم الثلث وهو سهم واحد يقسم بينهما نصفان أولا لاستوائهما فيه فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف في أصل المسئلة ثلاثة فصارت ستة وصار الثلث سهمين بينهما نصفين لكل واحد سهم وبقي أربعة أسهم فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث يدعي سهما واحدا ليصير مع السهم المأخوذ ثلث جميع المال فسلم للموصى له بالكل ثلاثة أسهم وقد استوت منازعتهما في السهم الآخر فيتنصف فحصل للموصى له بالثلث سهم ونصف وللموصى له بالكل أربعة ونصف ولما انكسر بالنصف ضربنا مخرج النصف اثنين في أصل المسئلة ستة فيصير اثني عشر فيصير حق كل واحد ضعف ما كان وقد كان للموصى له بالكل أربعة ونصفان ضعفناه فصار تسعة وهي ثلاثة أرباع جميع المال وقد كان للموصى له بالثلث سهم ونصف ضعفناه فصار ثلاثة وهي ربع جميع المال أو نقول اذا صار المال اثني عشر يقسم الثلث أولا بينهما نصفين لكل واحد سهمان بقي الثلثان ثمانية أسهم فصاحب الجميع يدعي جميعه وصاحب الثلث لا يدعي الا سهمين فانه يقول حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل الي سهمان بقي حقي في سهمين فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة معطى للموصى له بالجميع بلا منازعة وبقي سهمان استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر وهو ربع المال فأفادت الاجازة في حق صاحب الثلث فعلى هذا قوله في المسئلة كقولهما لكن التخريج مختلف عنده بطريق المنازعة وعندهما بطريق العول ووجه تخريجهما أن نقول اجتمع هنا وصية بالكل ووصية بالثلث فجعلنا أصل المسئلة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث فالموصى له بالجميع يدعي كله ثلاثة والموصى له بالثلث يدعي ثلثه سهما فتعول الى أربعة ربعه وهو سهم لصاحب الثلث وثلاثة أرباعه ثلاثة أسهم لصاحب الجميع اهـ مصفى (قوله وهذا ينتقض بالمحاباة الخ) قال شيخنا البرهان الطرابلسي رحمه الله لا انتقاض لان المحاباة وصية بالثمن لتملكها العين بعقد البيع فصارت بمنزلة الدراهم المرسلة بخلاف الوصية بالعين اهـ (قوله في المتن وبمثل نصيب ابنه صح) ويكون ذلك وصية بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان اجازه جازوا الا كان له الثلث اهـ غاية

النصف وجه الاول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم قال رحمه الله (وبسهم أو جزء من ماله فالبيان الى الورثة) أى اذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ ويروى عن أبى حنيفة أن السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وعن إياس بن معاوية وقال فى الجامع الصغير له أخس سهام الورثة الا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال فى الاصل له أخس سهام الورثة الا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السدس لمنع النقصان فى رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة فى الاصل ولا يمنع النقصان وذكر فى الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ثم قال فى تعليله لانه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما فهذا يمنع الزيادة فقط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفا لاسيما فى الوصية فينصرف اليه وهذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فهو الذى ذكرناه أولا قال رحمه الله (قال سدس مالى لفلان ثم قال له ثلث مالى له ثلث ماله) لان الثلث يتضمن السدس يدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث قال رحمه الله (وان قال سدس مالى لفلان ثم قال له سدس مالى فله السدس) يعنى سدسا واحدا سواء قال ذلك فى مجلس واحد أو فى مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاول ولهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين قال رحمه الله (وان أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقى) أى اذا أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى من الدراهم أو الغنم وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقى من ذلك النوع لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقى كذلك وصار كما اذا كان الموصى به أجناسا مختلفة ولنا أن حق بعضهم يمكن جمعه فى البعض المتعين فى الجنس الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى البعض الباقى فصار كما اذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة أرؤس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك على الشركة أن لو استوى الحقان أما اذا كان أحدهما مقدما على الآخر فالهالك ينصرف الى المؤخر كما اذا كان فى التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهلاك ينصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهذه وصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فينصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم للموصى له شئ حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا هلك البعض فى المضاربة ينصرف الهلاك الى الربح لان رأس المال مقدم على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (ولو رقيقا أو ثيابا أو دورا له ثلث ما بقى) أى اذا أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك وبقى الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله كان له ثلث الباقى كما قال زفر رحمه الله لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا وقالوا هذا اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهى بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله فى الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما وقيل هو قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضاء القاضى عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع إجماعا والاشبه أن يكون على الخلاف لان كل ما أمكن

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد له أخس سهام الورثة) أى سواء كان مثل السدس أو أقل أو أكثر الا أن يزيد على الثلث فيعطى له الثلث الا أن يجيز الورثة الزيادة على الثلث اه ابن فرشتا (قوله ثم قال) أى فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر اه هداية (قوله لان كل واحد منهما مشترك بينهم) أى بين الورثة والموصى لهم اه (قوله وصار كما اذا كان) عبارة الشارح وصار كما اذا كانت اه (قوله أجناسا مختلفة) بأن كان له ابل وبقر وغنم فأوصى بثلث هذه الاصناف لرجل فهلك صنفان وبقى صنف واحد أعنى بقى الابل أو بقى البقر أو بقى الغنم فللموصى له ثلث الباقى فى قولهم جميعا اه اتقانى (قوله والوصية مقدمة) أى على قسمة التركة اه (قوله وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم) فيكون له جميع الباقى اه

جمعه جبرا بالقضاء أمكن جمعه تقديرا وهذا هو الفقه في هذا الباب ألا ترى أنه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا قال رحمه الله (وبألف وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه) أي اذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه لان ايفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد فيصار اليه قال رحمه الله (والا فثلث العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف) أي ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الالف لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ألا ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين مزية على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثا فيصار اليه قال رحمه الله (وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت لزيد كله) أي اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو أهل لها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل أما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة على حق الآخر مثاله اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان بن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصى وفلان بن عبد الله غني كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي لفلان وفلان فمات أحدهما قبل موت الموصى وكذا لو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في هذا البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر فكان الحرف فيه أنه متى دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر قال رحمه الله (ولو قال بين زيد وعمرو لزيد نصفه) أي اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فاذا أحدهما ميت حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم الا أن العطف يقتضي الشركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة تكامل ألا ترى أن من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه ألا ترى الى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم قال رحمه الله (وبثلثه ولا مال له له ثلث ما يملك عند موته) أي اذا أوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء كان اكتسبه بعد الوصية أو قبله بعد أن لم يكن الموصى به عينا أو نوعا معينا وأما اذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما آخر أو عينا آخر بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضاف الشاة الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة

اذ ماليتها توجد في مطلق المال ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لا توجد في الابل وانما توجد ماليتها فيها ولو أوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافها الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافها الى المال وعلى هذا يخرج كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوهما قال رحمه الله (وبثلثه لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين) أى اذا أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وللفقراء والمساكين وأمهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماسا فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يقسم أسباعا لان المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان قال الله تعالى وان كان له اخوة فلأمه السدس وقال تعالى وان كن نساء فوق اثنتين الآية والمراد بالآيتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعا ولهما أن اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى لا تحل لك النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شئ حى ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحد وأمهات الاولاد ثلاث فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلى دلالة على ما ذكر لان المذكور فى الآيتين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات أولاده اللاتى يعتقن بموته أو اللاتى عتقن فى حياته ان لم يكن له أمهات أولاد غيرهن فان كان له أمهات أولاد عتقن في حياته وأمهات أولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتى يعتقن بموته لان الاسم لهن فى العرف واللاتى عتقن فى حياته موال لا أمهات أولاد وانما تصرف اليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم ولا يقال ان الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيأ وانما تجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن لا تجوز لامهات أولاده اللاتى لم يعتقن حال حياته لانا نقول القياس أن لا تجوز الوصية لهن لانها لو جازت لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقين بالموت والعتق ينزل عليهن وهن إماء فكذا ملكهن يقع وهى إماء وهو لا يتصور الا أنا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصى لانه قصد تمليكهن ولا يتصور ذلك الا بعد العتق فصرف اليه تصحيحا لكلامه قال رحمه الله (وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه) أى اذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين كان لزيد النصف منه وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين ولو أوصى للمساكين كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد رحمه الله لا يصرفه الى أقل من اثنين بناء على ما ذكرنا قال رحمه الله (وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له ثلث كل مائة وبأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف ما لكل منهما) يعنى اذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد أشركتك معهما كان له نصف ما لكل واحد منهما لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث على المساواة وقد أمكن اثبات المساواة بين الكل فى الاولى لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثى المائة ولا يمكن المساواة بين الكل فى الثانية لتفاوت المالين

فمانماه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله الثلث من كل واحدة منهما عندهما وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه له نصف كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصارتا كالدراهم المتساوية ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فيتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى على شيأ فأعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا أن يقول ان رأى الوصي أن يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان أنا نعلم أن قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعله وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فأعطوه من مالي ما شاء فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق الى الثلث قال رحمه الله (فان أوصى بوصايا) أي مع ذلك (عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا) أي لاصحاب الوصايا لايشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر أشد وألج وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا أفرزنا ثلثا علمنا أن في التركة دينا شائعا في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيأ أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به لان اقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته وان ادعى المقرله أكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه قال رحمه الله (ولاجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) أي اذا أوصى لاجنبي ووارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ الهما والشركة تثبت حكما للتمليك فيصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر أما الاقرار فاخبار عن أمر كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيأ كان للوارث أن يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي شيأ ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال في النهاية قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند

(قوله فأعطوه من مالي ما شاء) ولو قال هكذا صح كلامه ويكون انفاذه من الثلث لا غير فكذا هذا لانه وصية والوصية جوازها من الثلث اه اتقاني (قوله وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة) في الهداية وهذا مجهول أي قوله فصدقوه ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة ولكنه دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فلا يزاحم المعلوم اه (قوله حلف كل فريق) أي من الموصى له والورثة اه (قوله لانه تحليف على فعل الغير) لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات اه

محمد رحمه الله لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ويثبت في نصيب الآخر وعنده ما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما أوجبه مشتركا بينهما فيبطل كما بينا قال رحمه الله (وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت) أي اذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفس لكل واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدري أيها هو والوارث يجحد ذلك بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحدكم ولا أدري من هو فلا أدفع اليكم شيأ بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين قال رحمه الله (الا أن يسلموا ما بقي) أي الا أن يسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم قال رحمه الله (فلذي الجيد ثلثاه ولذي الرديء ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل) أي لصاحب الجيد يعطى ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الرديء يعطى ثلثا الثوب الرديء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا قسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان وانما أعطى صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما والآخران الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما أن يكون هو الرديء الاصلي أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل أن يكون حقه في الجيد بان كان الهالك هو الوسط أو الرديء ويحتمل أن لا يكون له فيه حق بان كان الهالك هو الجيد وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لانه اما أن يكون هو الجيد الاصلي أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل أن لا يكون له فيه حق بأن كان الهالك هو الرديء وصاحب الوسط يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الهالك أجود ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الهالك أردأ ويحتمل أن لا يكون له فيهما حق بأن كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم اليه واجبة وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعينا قال رحمه الله (وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له والا مثل ذرعه) معناه اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له نصف البيت ان وقع في نصيب الموصي وان وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما أوصى به وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما انه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع

(قوله في المتن فضاع ثوب) أي بعد موت الموصي اه قوله لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء) أي من الثوبين اه (قوله لانه) أي الرديء من الثوبين اه (قوله واحتمل أن يكون حقه في الجيد) أي من الثوبين اه (قوله لانه) أي الجيد من الثوبين اه

الموصى به فعلى اعتبار الاقرار صار كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان البيت جميعه من الذى وقع فى نصيب الموصى لانه عوضه ولان مراد الموصى من ذكر البيت تقديره به غير أنا نقول يتعين البيت اذا وقع البيت فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول انه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت فى نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه فى نصيبه ولا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين ألا ترى أن من علق بأول ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد تقيد فى حق العتق بالولد الحى لا فى حق الطلاق ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد رحمه الله تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذى صار له وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فتجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم قال رحمه الله (والاقرار مثلها) أى الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد رحمه الله يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد رحمه الله معهما فى الاقرار والفرق له على هذه الرواية أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية قال رحمه الله (وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصى ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة) أى اذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم لان الوصية فى نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصى على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه فى ثلث نصيبه) معناه اذا اقتسم الابنان تركة أبيهما وهو ألف درهم مثلا ثم أقر أحدهما لرجل أن أباهما أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما فى يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما وهذا لان ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى جميع التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا له بثلث ما فى يده وبثلث ما فى يد أخيه فيقبل اقراره فى حق نفسه لولايته على نفسه ولا يقبل فى حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما فى يده ولانه لو أخذ منه نصف ما فى يده أدى الى محظور وهو أن الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف ما فى يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلف بخلاف ما اذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما فى يد المقر حتى يستوفى دينه ولا شىء للمقر ان لم يفضل منه شىء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك للورثة فلا يأخذ شيأ الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له

(قوله وقيل محمد معهما) قال الرازى فى شرحه والاصح أن فى مسئلة الاقرار قول محمد كقولهما اه (قوله حتى ان من أقر بملك الغ) تقدم هذا الفرع فى أول كتاب الاقرار اه (قوله فيزداد نصيبه على الثلث) فيه نظر اه كذا بخط قارئ الهداية اه (فرع لطيف) قال الولوالجى رحمه الله تركة فيها دين غير مستغرق فقسمه الورثة ثم جاء الغريم فيأخذ من كل واحد منهم من الدين بما يخصه فى ثلثه حتى لو كان الدين ألف درهم والتركة ثلاثة آلاف فانقسمت بين ثلاثة بنين يأخذ من كل واحد منهم ثلث الالف وهذا اذا أخذهم عند القاضى جملة أما اذا ظفر بأحدهم يأخذ منه جميع ما فى يده اه (قوله الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك) ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها فجاء رجل فادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه واحد منهم فانه يعطيه عند زفر ثلاثة أخماس ما فى يده لان فى زعمه أن ثلث كل التركة له والثلثين بين البنين أثلاثا فنحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث والباقى وهو ستة بين البنين اثلاثا لكل ابن سهمان فقد أقر أن للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم وللمقر سهمان فيقسم ما فى يده بينهما على هذه السهام فصار خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة وله اثنان وعندنا يعطيه ثلث ما فى يده لما مر قاله العلامة حافظ الدين فى كافيه وهذه المسئلة ذكرها ابن الساعاتى رحمه الله فى المجمع

أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضا بخلاف ما اذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده أيضا ساواه فيكون ما أخذ المنكر هالكا عليهما قال رحمه الله (وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له والا أخذ منها ثم منه) أي اذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الام أولا فان فضل شيء أخذه من الولد وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يأخذ ما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال كما اذا أوصى ببيعها من فلان بكذا من الثمن أو عتقها فولدت وكما اذا ولدت المبيعة قبل القبض فانه يسري الى الولد حتى يباع أو يعتق معها ويكون له حصة من الثمن اذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية أيضا فيهما على السواء من غير تقديم الام كأن الوصية وقعت بهما جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الام أصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذه في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه غير أن الثمن كله لا يقابل الاصل بل بعضه ضرورة مقابلته بالولد اذا بيع بالثمن الذي عينه الموصي أو ولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد مع الام وذلك لا يبالي به ولا أثر له في النقض لان الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا حتى لو كان في البيع بالثمن الذي عينه الموصي محاباة يحتمل أن يكون على الخلاف هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه خالص لتقرر ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيفما كان والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا قال رحمه الله (ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فاسلم أو عتق بطل كهبته واقراره) أي اذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين أما الوصية فلأن المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه وأما الاقرار فان كان الابن كافرا فلا اشكال فيه لان الاقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض فكان كالوصية فصار كما اذا كان له ابن وأقر لاخيه في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه المقر وورثه أخوه المقر له فان الاقرار له يكون باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا أقر لامرأة في مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث والاقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عنده فلهذا اتحد الحكم فيهما في الوصية وافترق في الاقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الاقرار وهي غير وارثة بأن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره وان كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك في الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت

وهو وارث عنده فيمتنع وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة
فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق
ولا تجوز بما زاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تقع له وهو وارث عند الموت فلا تجوز
كالوصية قال رحمه الله (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته
من كل المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف
مرض الموت ومرض الموت ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون سببا للموت غالبا اذا كان بحيث يزداد
حالا فحالا الى أن يكون آخره الموت وأما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون
سببا للموت كالعمى ونحوه اذ لا يخاف منه ولهذا لا يشتغل بالتداوي قال رحمه الله (والا فمن الثلث) أي
ان لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه لانه من ابتدائه يخاف منه
الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به
حتى تعتبر تبرعاته من الثلث والله أعلم بالصواب

باب العتق في المرض

قال رحمه الله (تحريره في مرضه ومحاباته وهبته وصية) أي حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى
تعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت
وهذه التصرفات منجزة في الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه في
حق الزائد على الثلث وكذا كل تصرف ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو في
حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه في حال صحته اذ المعتبر
حالة الاضافة لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا
فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض برأ منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق
الورثة والغرماء لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد في ماله
قال رحمه الله (ولم يسع ان أجيز) أي اذا أجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لان
العتق في المرض وصية على ما بيناه وهي تجوز بأزيد من الثلث باجازة الورثة فلا يلزمه شئ لان المنع لحقهم
فيسقط بالاجازة على ما بينا قال رحمه الله (فان حابى فحرر فهي أحق وبعكسه استويا) أي اذا حابى ثم
أعتق فالمحاباة أولى وان أعتق ثم حابى فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وهذا عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا رحمهما الله هما سواء في المسئلتين والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث
فكل واحد من أصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق
الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا والمحاباة في المرض
بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه أن كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير
حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى أسبق مما يحتاج الى تنفيذه بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ
بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وفي
هذه الاشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من
الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان
ان العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم
في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجيء بيانه وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول ان

المحاباة

لما كان الاعتاق في المرض في معنى الوصية لوقوعه تبرعا في زمان تعلق حق الورثة ذكره في كتاب الوصايا ولكن أخره عما هو صريح في الوصية لكون الصريح هو الاصل في الدلالة اهـ اتقاني (قوله فهو في حكم الوصية) لما أنه يتهم في ايجابه على نفسه في ذمته كما يتهم في الهبة اهـ اتقاني (قوله وقالا هما سواء في المسئلتين) تبعه فيه العيني رحمه الله وقال الرازي رحمه الله في شرحه وقالا العتق أولى في المسئلتين وفي أثناء كلام الشارح ما يدل على أن العتق أولى عندهما فقال في أواخر هذه الصفحة فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى وقال في الصفحة الآتية في آخر هذه المقالة وعندهما العتق أولى في الكل فتنبه اهـ وكتب ما نصه صوابه وقالا العتق أولى في المسئلتين جميعا كما في الهداية وغيرها اهـ (قوله اذا لم يكن فيها) أي في فرد من أفرادها اهـ (قوله ما جاوز الثلث) مثل أن يوصي بالربع والسدس لا يقدم البعض على البعض بلا خلاف بين العلماء اهـ من خط قارئ الهداية (قوله والمحاباة في المرض) أي المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض اهـ (قوله واستوت الحقوق) كما اذا كانت الوصية في القرب وأبواب الخير لله تعالى فانها اذا استوت يقدم ما قدمه الموصي للاستواء واتحاد المستحق اهـ من خط الشارح

المحاباة أقوى لانها ثبتت فى ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا معنى لا بصيغتها حتى يأخذ الشفيع ويملكه العبد والصبي المأذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولا يقال إن صاحب المحاباة ينبغي أن يسترد ما أصاب العتق الذي بعده فى المسئلتين لكونه أولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الاول فى المسئلة الاولى لو استرد من المعتق لكونه أولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استرد المعتق لانه يساوي صاحب المحاباة الثاني وفى المسئلة الثانية لو استرد صاحب المحاباة ما أصاب المعتق الثاني لاسترد منه المعتق الاول لانه يساويه ثم استرد صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل فى الدور قطعه وعندهما العتق أولى فى الكل فلا يرد السؤال عليهما قال رحمه الله (وان أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ بخلاف الحج) وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه فى العتق وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ فى غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسئلة مبنية على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل لانكاره ولو أوصى بان يشترى بثلث ماله وهو ألف عبد فيعتق عنه فاذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ولئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الوصية هنا وقع الشك فى صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسئلة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية عنده قال رحمه الله (وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت) أي اذا أوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق الى أن يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته بالدين قال رحمه الله (وان فدى لا) أي لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفداء فى أموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كأن لم يجن قال رحمه الله (وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى صحته والوارث فى مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد الا أن يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه) أي اذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة وقال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم البينة أن العتق كان فى الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق فى الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق فى المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فيبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر

(قوله حتى يأخذ الشفيع) أي بالشفعة اه (قوله ويملكه) أي البيع بالمحاباة اه (قوله بخلاف الوصية بالحج الخ) قال الاتقاني ووجه قول أبي حنيفة أن هذه وصية لعبد يشترى بمائة لان الموصي صرح بذلك فصار الموصى له عبدا قيمته مائة لا أقل من مائة ولو اشترى عبدا قيمته أقل من المائة فأعتق يلزم من ذلك صرف وصيته لغير مستحقها اه (قوله ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله الخ) قال فى الجمع ولو أوصى أن يشترى بكل ماله عبد فيعتق فلم يجيزوا فهي باطلة وقالا يشترى بالثلث اه (قوله لان حق ولي الجناية مقدم الخ) اعلم أن العبد اذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع أو الفداء ثم العبد الموصى له بعتقه اذا جنى جناية بعد موت الموصي كان الورثة بالخيار ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا فدوه فان دفعوه بطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له ألا ترى أن الموصي لو باع أو بيع بعد موته بسبب الدين أن الوصية تبطل فكذلك ههنا صح الابطال لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذلك يقدم على حق من يتلقى الملك من المالك وان اختاروا الفداء كانت الدية عليهم فى مالهم لالتزامهم وجازت الوصية لطهارة العبد بالفداء عن الجناية فصار كأنه لم يجن اه اتقاني (قوله لان العبد طهر) بالطاء المهملة من الطهارة اه اتقاني

شاهد الورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولا شئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ من قيمة العبد لانه لامزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة أن العتق وقع فى الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد أما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه وأما عندهما فلأن العتق فيه حق العبد وان كان حق الله تعالى فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فانه حق الله وفيه حق المقذوف فيكون خصما لذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلابد من خصومته حتى يقطع السارق قال رحمه الله (ولو ادّعى رجل دينا) أى على الميت (والعبد عتقا) أى فى الصحة ولا مال له غيره (فصدقهما الوارث سعى فى قيمته وتدفع الى الغريم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كأنهما وجدا معا أو ثبت ذلك بالبينة والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع المال و بالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار المورث نفسه بان ادّعى عليه رجل دينا وعبده عتقا فى صحته فقال فى مرضه صدقتما فانه يعتق العبد و يسعى فى قيمته فكذا هذا وقضية الدفع أن يبطل العتق فى المرض أصلا الا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه ولان الدين أسبق فانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الالف لى كان لى عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما هما سواء كذا فى الهداية وقال فى النهاية ذكر فخر الاسلام والكيسانى الوديعة أقوى عندهما الا عنده عكس ما ذكر فى الهداية ثم قال وذكر فى المنظومة ما يؤيد ما ذكر فخر الاسلام والكيسانى فقال

لو ترك ألفا وهذا يدعى * دينا وذاك قال هذا مودعى

والابن قد صدّق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

وجه قول من يقدّم الوديعة أن الوديعة تثبت فى عين الالف والدين ثبت فى الذمة أولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة أسبق فكان صاحبها أحق كما لو كان المورث حيا فقال صدقتما ووجه قول من سوّى بينهما أن الوديعة لم تظهر الا مع الدين فيستويان فيه فيتحاصان فيه كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف اقرار المورث نفسه لان اقراره بالدين يثبت فى الذمة و بالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها واقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة يتناول العين فافترقا وصاحب الكافى ضعف أيضا ما ذكره فى الهداية وجعل الاصح خلافه قال رحمه الله (وبحقوق الله تعالى قدمت الفرائض وان أخرها كالحج والزكاة والكفارات) لان الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداءة بالاهم قال رحمه الله (وان تساوت فى القوة بدئ بما بدأ به) لان الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وعن أبى يوسف رحمه الله أن الحج يقدّم عليها لانه يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان الحج أقوى وهو قول محمد رحمه الله وهما يقدمان على الكفارة لرجحانهما عليها لانه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يأت فى غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم وقال تعالى فتكوى بها جباههم وجنوبهم وقال تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين

(قوله فيكون القول قولهم مع اليمين) فيحلف بالله ما أعتقه فى الصحة وأعتقه فى المرض اه قارئ الهداية

مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وعلى هذا القياس يقدم الاقوى فالاقوى حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها أقوى وأكثر تغليظا منهما ألا ترى أن الاسلام شرط فى التحرير عنها دونهما ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى دونهما وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا والاصل فيه أن الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض الا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير ما لم ينص عليه ولهذا لو أوصى لجماعة على التعاقب يستوون فى الاستحقاق ولا يقدم أحد على أحد غير أن المستحق اذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار أن الموصى يبدأ بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب الى الخفة فاذا كان كذلك فلو أوصى لآدمى مع الوصايا بحقوق الله تعالى وكان الآدمى معينا قسم الثلث على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه اذا كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى فكل واحدة منها فى نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين فتكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم تجمع فيقدم فيها الاهم فالاهم على ما بينا وان كان الآدمى غير معين بأن أوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل يبقى حقا لله تعالى اذا لم يكن ثم مستحق معين قال رحمه الله (وبحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) أى اذا أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا لان الواجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط أن يكون راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذى لزمه قال رحمه الله (والا فمن حيث يبلغ) أى ان لم يبلغ ثلث النفقة اذا أحجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ والقياس أن لا يحج عنه لانه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى بها على وجه يمكن وهو أولى من ابطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما اذا أوصى بأن يشترى عبد بمال قدره فضاع بعضه على قول أبى حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده) وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان أبعد لا ضمان عليهم لانهم فى الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله عز وجل ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابى حنيفة رحمه الله أن الوصية تنصرف الى حج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاث الحديث والمراد بالمتلو فى حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث حل قال رحمه الله (والحاج عن غيره مثله) أى المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات فى الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات فى الطريق حتى يحج عنه ثانيا من وطنه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها فى كتاب الحج والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله ولا يجعل الجميع كوصية واحدة) أى بأن قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارة ولزيد يقسم على أربعة أسهم لان كل جهة غير الاخرى ولا يقدم الفرض على حق الآدمى لحاجته الشديدة اليه ثم انما يصرف الثلث الى الحج الفرض والزكاة والكفارات اذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث اليها بل تسقط عندنا خلافا للشافعى على ما مر فى الزكاة واذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فى مرض الموت اه اتقانى (قوله فى المتن والا فمن حيث يبلغ) وذكر هشام عن محمد أنه قال لو أن انسانا قال أنا أحج من منزلى بهذا المال ماشيا لا يعطى له ذلك ويحج من حيث يبلغ راكبا لان المعروف أن يكون راكبا فالوصية انصرفت الى الحج المعروف اه اتقانى (قوله كأنه من أهل ذلك) لفظة من ليست فى خط الشارح اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل الخ) الحديث اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث اه اتقانى

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال رحمه الله (جيرانه ملاصقوه) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهى الملاصقة ولهذا حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بصقبه حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا ترى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضى وجار القرية وجب صرفه الى أخص الخصوص وهو الملاصق وفى الاستحسان وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد ففسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران أن يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا أنه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعى رحمه الله الجار الى أربعين دارا من كل جانب لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوى فى الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما فى يده والاختصاص به ثبت له ولا يملك المولى الا بالتمليك منه ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وأم الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التى لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هى تبع فلم تكن جارا حقيقة قال رحمه الله (وأصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبى صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وأبى عبيد رحمهما الله وفى الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال الفراء فى قوله تعالى وهو الذى خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذى يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التى يحل تزويجها وعن ابن عباس رضى الله عنهما خلاف ذلك فانه قال حرم الله تعالى من النسب سبعا حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الى قوله وأن تجمعوا بين الاختين قال فى المغرب عقيب ذكره قاله الازهرى وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور فى كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار وشرطه أن يموت وهى منكوحته أو معتدته من طلاق رجعى لا من بائن سواء ورثت بأن أبانها فى المرض أو لم ترث لان الرجعى لا يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلوانى الاصهار فى عرفهم كل ذى رحم محرم من نسائه التى يموت هو وهن نساؤه أو فى عدته وفى عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما صهرا قال رحمه الله (وأختانه زوج كل ذى رحم محرم منه كأزواج البنات والعمات والخالات) لان الكل يسمى ختنا

(قوله فى المتن جيرانه ملاصقوه) قال فى الاملاء قال أبو حنيفة اذا أوصى فقال ثلث مالى لجيرانى فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت تلزقه فالوصية لجميع من فيها من السكان وغيرهم عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا أو رجالا بينهم بالسوية ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية قربت الابواب أو بعدت ان كانوا ملازقين الدار وقال أبو يوسف ومحمد الثلث لهؤلاء الذين ذكر أبو حنيفة ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد واحد وجماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه فى كلام الناس فالثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر سواء والمسلم والكافر فى ذلك كله سواء وقال فى الزيادات عن أبى حنيفة اذا أوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس فى ذلك أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التى يجب لاهلها الشفعة ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه (قوله وهذا عند أبى حنيفة) وقول زفر كقول أبى حنيفة اه غاية (قوله ففسر بكل من سمع النداء) قال القدورى فى كتاب التقريب وقد قال هلال الرأى ان الجار من أسمعه المنادى لانه روى عن على أنه قال لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال من أسمعه المنادى قال وهذا ليس بشئ لانه لو جاز اعتبار الوصية بهذا لجاز فى الشفعة اه اتقانى (قوله وقال الشافعى الخ) قال فى وجيزهم اذا أوصى لجيرانه أعطى أربعين وكذا جارا من أربعة جوانب أى من كل جانب أربعون اه غاية (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا) الحديث وقوله هكذا وهكذا قال العلماء انه خبر لا يعرف وراويه مطعون اه غاية (قوله صفية) صوابه جويرية كما ذكره أبو داود (قوله فى المتن وأختانه الخ) قال محمد فى املائه اذا قال قد أوصيت لاختانى بثلث مالى فأختانه زوج كل ذى رحم محرم منه وكل ذى رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه فان كانت له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم جميعا أختانه والثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر فيه سواء أم الزوج وجدته وغير ذلك سواء اه اتقانى

وكذا كل ذى رحم محرم من أزواجهن لانهم يسمون أختانا وقيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الا أزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد قال رحمه الله (وأهله زوجته) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتونى بأهلكم أجمعين وقال تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله ولابى حنيفة رحمه الله أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار بأهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال رحمه الله (وآله أهل بيته) لان الآل القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس آخر ومن أهل بيت آخر لان النسب يعتبر من الآباء قال رحمه الله (وجنسه أهل بيت أبيه) لان الانسان يتجنس بأبيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابة فلا يختص بشئ منهم وكذا أهل بيته وأهل نسبه كآله وجنسه فيكون حكمه كحكمه فى جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه وقال فى الكافى لو كان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو أوصت المرأة لجنسها أو لاهل بيتها لا يدخل ولدها الا أن ولدها ينسب الى أبيه لا اليها الا أن يكون أبوه من قوم أبيها قال رحمه الله (وان أوصى لاقاربه أو لذوى قرابته أو لارحامه أو لانسابه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث وتكون للاثنين فصاعدا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له فى الاسلام وان لم يسلم بعد أن أدرك الاسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الخلاف تظهر فى مثل أبى طالب وعلى رضى الله عنه اذا وقعت الوصية لاقرباء أحد من أولاد على فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفه الى أولاد أبى طالب ومن شرط اسلامه صرفها الى أولاد على رضى الله عنهم لا غير ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما أن الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هى مشتقة من القرابة فيكون اسما للكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا فى أخته لان الاخت لا تخالف الاخت فى الاحكام ولان المقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط فى اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذى الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيده بما ذكره والشافعى رحمه الله قيده بالاب الادنى ولا يدخل فيه قرابة الولاد عندنا لانهم لا يسمون أقرباء عادة ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب فى عرف أهل اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين فى قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنهم لا يدخلون وقيل ما ذكراه من أنه ينصرف الى أقصى أب له فى الاسلام كان فى ذلك الزمان حين لم يكن فى أقرباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أب له فى الاسلام كثرة فأما فى زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فتنصرف الوصية الى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدة أمه ولا تنصرف الى أكثر من ذلك ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين وانما تكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفى الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا فى الوصية لانها أخته قال الراجى عفو ربه هذا ظاهر فى الاقارب

(قوله أقصى أب له فى الاسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم اه (قوله من أولاد على) يعنى اذا أوصى علوى لاقربائه اه (قوله وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انهم لا يدخلون) لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد اه غاية

ونحوه وأما في الانساب فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا قال رحمه الله (فان كان له عمان وخالان فهي لعميه) لانهما أقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفي بهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله تكون بينهم أرباعا لانهما لا يعتبران الاقرب قال رحمه الله (ولو عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) أي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وأدناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر يرد الى الورثة قال رحمه الله (ولو عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويتان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقوا حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيأ لانهما أقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تبطل ولا يختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما قال رحمه الله (ولولد فلان للذكر والانثى على السواء) أي لو أوصى لولد فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى على السواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شئ يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء قال رحمه الله (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) أي اذا أوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة وهي بين أولاده أو اخوته كذلك فكذا الوصية ولان التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت هي العلة ألا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية أن يموت الموصى لورثته قبل موت الموصى حتى تعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصى قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما اذا أوصى لولده ولو كان مع الورثة موصى له آخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤس ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والله أعلم

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال رحمه الله (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا) لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث ونفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل اذ الموصى محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له محتاج الى قضاء حاجته بأى شئ

فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده لان اللفظ للفرد فيحرز العم كلها لانه أقرب اهـ (قوله لان قرابتهما مستويتان) الذى بخط الشارح لان قرابتهما مستويتان اهـ

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ عن بيان أحكام الوصايا التي تتعلق بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض وأخرها عن الاعيان لان الاعيان هي الاصل لكون العين قائمة بذاتها دون العرض اهـ اتقاني (قوله في المتن وتصح الوصية بخدمة عبده الخ) وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث اهـ هداية يعنى اذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلا فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة الى موضع آخر ليستخدمه فيه الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فحينئذ يكون له أن يخرجه لان تنفيذ الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له وأهله في مصر الموصى فمقصود الموصى أن كان يخدمه العبد في المصر بدون أن تلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصر الموصى فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمه عندهم وهذا هو المعلوم بدلالة الحال ولو أنه شرط أن يخدمه عند أهله بالافصاح كان للموصى له أن يخرجه الى أهله فكذا اذا علم عند أهله بالدلالة لان

الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح اه غاية (قوله ان لم يخرج من الثلث) وكان لا مال له غيره اه رازى (قوله فيخدمهم أثلاثا) فى المبسوط والجامع للتمرتاشى ونفقة العبد الموصى بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة وبه قال الاصطخرى وأحمد فى رواية وقال الشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة وبه قال أبو ثور كالعبد المستأجر لان النفقة مؤنة فتجب على مالك الرقبة ولهذا تجب فطرته عليه وقلنا العبد لا يقوى على الخدمة الا بالنفقة فنفقته على من يخدمه كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع وفى المغنى لابن قدامة وهو الاصح أما لو أوصى بخدمة عبد صغير لا يقدر على الخدمة وبرقبته لآخر فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا اشتغل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة لان النفقة عليه فى حال الصغر نمو العين والمنفعة فى ذلك لصاحب الرقبة اذ الاصل أن نفقة المملوك على المالك لا أن يصير معدا لانتفاع الغير كالامة اذا زوجها وبوأها فنفقتها على الزوج (٢٠٣) وان لم يبوئها فالنفقة على المولى (فرع) أوصى بغلة عبده لرجل هل له أن يستخدمه بنفسه قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى اذا أوصى بغلة عبده لرجل فأراد الموصى له بالغلة أن يستخدمه بنفسه لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم له أن يستخدمه بنفسه وقال بعضهم ليس له ذلك لان الموصى أوصى له بالغلة لا بالخدمة قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا فلو كان أوصى له بغلة الدار فأراد أن يسكن هو بنفسه فان هذا الفصل لم يذكر عن أصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون فيه ذكر عن أبى بكر الاسكاف أنه كان يقول له ذلك وكان أبو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك أما من قال له ذلك لان غيره يسكن له ولاجله فاذا سكن بنفسه جاز أيضا وأما من قال ليس له ذلك لان فى ذلك ضررا على الميت لانه لو آجره وأخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة ولو سكن هو بنفسه لم يمكن أن يقضى من السكنى اه اتقانى قال شمس الائمة فى شرح الكافى وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد أن يؤاجرهما عندنا وقال الشافعى له ذلك لانه تملك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتملك المنفعة فى حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار فى حال الحياة ملك الاجارة من غيره فكذلك اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين وفى العين يصح الاعتياض عنه سواء تملك المنفعة ببدل أو بغير بدل فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة اذ تملكها ولنا أن الموصى له تملك المنفعة بغير عوض فلا يصح تمليكها من الغير بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة لانها تمليك بعوض فكذا هذا اه اتقانى وكتب هنا على قوله وكان أبو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك ما نصه قال فى الاختيار وهو الاصح لان الغلة دراهم أودنانير والوصية بما ملكت وهو استوفى المنافع وهما غيران متفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر على الموصى دين أمكنهم استرداد الغلة وايفاء الدين ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا أولى اه

كان قال رحمه الله (فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه ليخدمه) لان حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة فيه قال رحمه الله (والا) أى وان لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة فيخدمهم أثلاثا هذا اذا كانت الوصية غير مؤقتة وان كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى أن تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار أجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول أولى لكونه أعدل وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار ظاهرا بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن أبى يوسف رحمه الله لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (وبموته يعود الى ورثة الموصى) أى بموت الموصى له يعود العبد أو الدار الى ورثة الموصى لانه أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز قال رحمه الله (ولو مات فى حياة الموصى بطلت) أى لو مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفى الحال ملك الموصى ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت قال رحمه الله (وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أى اذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرته أبدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل حاصله أنه اذا أوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دائما وهو المراد بقوله وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه أى اذا

زاد فى الثمرة لفظة أبدا صار كما اذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شئ حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى وأما الثمرة فاذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيده بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فى البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهى كمسئلة الغلة فى تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا أنه اذا ذكر لفظ الابد تناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله (وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال أبدا أولا) أى اذا أوصى بهذه الاشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال أبدا أو لم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية فى الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والولد الموجود فى البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا وأما المعدوم منها فلا يستحق بشئ من العقود فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن فى البستان شئ من الثمرة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية باللبن فى الضرع والصوف على الظهر والولد فى البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب وصية الذمى﴾

قال رحمه الله (ذمى جعل داره بيعة أو كنيسة فى صحته فمات فهى ميراث) لانه بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وان كان قربة فى معتقدهم بقى اشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو أن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمى فيها كذلك لانهم عنده يتركون وما يعتقدون وجوابه أن المسجد محرر عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة فى معتقدهم فانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محررة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجئ بيانه قال رحمه الله (وان أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث) أى اذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين فهو جائز من الثلث لان الوصية

(قوله ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه) قال الاتقانى ولما الوصية [illegible] للموصى بثمرة بستانه أبدا [illegible] ذكر لفظ الابد وقع على الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد فان كان هناك ثمرة موجودة فانه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وان لم يكن هناك ثمرة موجودة فالقياس أن تبطل كما ذكرنا فى الصوف واللبن والولد وفى الاستحسان يقع على الحادث ويصير كما لو ذكر الابد والموصى له ما دام حيا فما يحدث من الثمار يكون له واذا مات بطلت وصيته وعاد الى ورثة الميت والثمار القائمة تكون موروثة عنه كذا فى شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله فى المتن وبصوف غنمه الخ) قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا ولو أوصى بصوف غنمه جازت الوصية اذا كان على ظهرها صوف وقت موت الموصى لانه يجرى فيه الارث فكذلك تجوز فيه الوصية ولو أوصى بالصوف الذى يحدث بعد موته فانه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة الثمرة اه اتقانى

﴿باب وصية الذمى﴾

لما ذكر وصية المسلم ذكر وصية الذمى بعده لان الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية اه اتقانى (قوله فى المتن ذمى جعل داره الخ) معناه جعل ذلك فى موضع لهم احداث البيع فيه كالقرى وكتب ما نصه قال فى الهداية واذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهى ميراث قال الاتقانى وهذا قولهم جميعا ولكن على الاختلاف فى المذهبين أما عند أبى حنيفة فلان مسلما لو وقف أرضا فى صحته ثم مات صار ميراثا فكذلك هذا لان الوقف ليس بلازم حال الحياة فيها بخلاف ما اذا كان مضافا الى ما بعد الموت وأما عندهما فانما يورث لان الايصاء بما لا يكون قربة بين المسلمين لا يصح عندهما (قوله لناس معينين) أى يحصى عددهم اه (قوله فهو جائز) أى بالاتفاق اه غاية وسيأتى فى كلام الشارح آخر الصفحة الآتية عند قوله ومنها ما هو مختلف فيه اه

فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين قال رحمه الله (وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربى مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى) أى اذا أوصى بداره أن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح وصية حربى الخ أما الاول وهو ما اذا أوصى بأن تبنى داره كنيسة لغير معين فهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما الوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان فى تنفيذها تقرير المعصية ولابى حنيفة رحمه الله أن هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابى حنيفة رضى الله عنه بين بنائها وبين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك البانى أن يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى على ما بيناه فتورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا أوصى ببناء ثم افى القرى وأما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة فى الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان تذبح خنازير ويطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على أنه تمليك فحاصله أن وصايا الذمى ثلاثة أقسام منها ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا أوصى بان يسرج فى بيت المقدس أو بأن تغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لانه وصية بما هو قربة وفى معتقدهم أيضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم كما اذا أوصى بالحج أو ببناء المساجد للمسلمين أو بان تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا أن تكون لقوم بأعيانهم فتصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين فعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاجماع وقد ذكرنا هذا النوع فى أول الباب فحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز فى الكل على أنه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه مخرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم أن يصرفوه فى الجهة التى عينها هو بل يفعلون به ما شاؤا لانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته قال صاحب الهداية فى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية وقال السغناقى فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال الراجى عفو ربه الاشبه أن تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كأنه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر العتابى فى الزيادات أن من ارتد عن الاسلام الى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما وأما عند أبى حنيفة رضى الله عنه فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا وقال قاضيخان المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا وأما الثانى وهو ما اذا أوصى الحربى لمسلم فلانه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على

الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مرعى لانهم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وقد أسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم أحكامنا فصار كالذمى ولو أوصى ببعض ماله أخذت الوصية ورد الباقى الى ورثته وكذا لو أوصى الى مستأمن مثله ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو كالذمى فى المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته فى حال حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وصية المسلم والذمى للحربى المستأمن لا تجوز لانه فى دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاول أظهر لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا يجوز للذمى والعبد بخلاف الارث ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لوارثه لا يجوز كالمسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها أخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغى أن يجوز كالمسلم ولو أوصى لمستأمن فى دار الاسلام ينبغى أن يكون على الروايتين المذكورتين فى المسلم والله أعلم بالصواب

﴿ باب الوصي ﴾

قال رحمه الله (أوصى الى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد) أى عند الموصى لان الموصى ليس له ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه أن يوصى الى غيره قال رحمه الله (والا لا) أى ان لم يرد عنده بل ردها فى غير وجهه لا يرتد لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه فى غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا قال رحمه الله (وبيعه التركة كقبوله) أى بيع الوصى التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل إنابة لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به أن يخبره واحد من أهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم أما الايصاء فخلافة لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة قال رحمه الله (وان مات فقال لا أقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض مذ قال لا أقبل) أى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا أقبل كما أن له اخراجه بعد قبوله أو لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره وربما عجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال أقبل بعدما أخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل بعدما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه قال رحمه الله (والى عبد وكافر وفاسق

(قوله فى المتن أوصى الى رجل الخ) وانما قلنا ان قبول الوصى يعتد فى حال حياة الوصى لان تصرف الوصى يقع لمنفعة الموصى فلو وقف القبول والرد على الموت لم يؤمن أن يموت (٢٠٦) الموصى ولم يسند وصيته الى أحد فيكون فى ذلك اضرار به فلذلك جوزوا القبول فى حال الحياة ولا يشبه هذا قبول الموصى له لانه لا يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هنالك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر الى تقديم القبول على الموت اه اتقانى (قوله كقبوله نصا) والقياس أن لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر كذا قال فخر الدين قاضيخان قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا ولو أن الموصى مات ولم يقبل الوصى حتى باع شيأ من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية لان القبول يكون مرة بالدلالة ومرة يكون بالافصاح اه اتقانى (قوله سواء علم بالايصاء أو لم يعلم) قال فى المتن فى مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصى (قوله فى المتن لا أقبل) من بعد هذا الى آخر قوله فى الشرح فكان له اخراجه ملحق ليس فى خط الشارح اه (قوله وضرر الوصى فى الابقاء الخ) هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كما يلزم الضرر بالميت فى بطلان الايصاء بقوله لا أقبل يلزم الضرر بالوصى فى بقاء الايصاء ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الوصى دون ضرر الموصى حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل فقال لما لم يمكن دفع الضررين جميعا لا بد من أن يتحمل أدنى الضررين لدفع الضرر الاعلى والاعلى هنا ضرر الميت لان ضرره ليس بمجبور بشئ وضرر الوصى مجبور بالثواب فتحمل الادنى لدفع الاعلى اه اتقانى (قوله فى المتن والى عبد) المراد منه الوصية الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه تجئ بعد هذا اه غاية

(قوله وقيل فى العبد باطلة الخ) ذكر محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى المسلم يوصى الى الذمى قال الوصية باطلة وكذلك ان
وصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد فى الاصل واذا أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أجاز
مولاه وقال فى الاصل أيضا واذا أوصى المسلم الى ذمى أو الى حربى مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال فى الاصل أيضا ولو أوصى
الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية باطلة ثم اختلاف المشايخ فى معنى البطلان أنه باطل أصلا أم معناه سيبطل قال الفقيه أبو الليث
فى كتاب نكت الوصايا وفى شرحه للجامع الصغير معناه سيبطل واليه ذهب القدورى وفخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير وعليه
عامة المشايخ وقال بعضهم انه باطل أصلا واليه ذهب شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وذلك لان الوصية ولاية والرق مناف
الولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصى لان منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد اجازته لان هذا
بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه كان عاجزا عن التصرف (٣٠٧) وأما الوصية الى الكافر فلان فى الوصية

(بدل بغيرهم) أى اذا أوصى الى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضى ويستبدل غيرهم مكانهم وذكر
القدورى رحمه الله أن القاضى يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على أن الوصية صحيحة لان الاخراج
يكون بعد الدخول وذكر محمد رحمه الله فى الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل فى العبد
باطلة لعدم الولاية على نفسه وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم
ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى
غيره على ما عرف من أصلنا وولاية الكافر فى الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه
وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة
فيخرجهم القاضى عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فى الاصل أن يكون الفاسق
مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا أوصى الى مكاتبه أو مكاتب
غيره حيث يجوز لان المكاتب فى منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن والصبى
كالقن فلو بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضى عن الوصية قال رحمه الله (والى
عبده وورثته صغار صح) أى اذا أوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند أبى
حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما أن الرق
ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من
الاب لا تتجزأ وفى اعتبار هذه الولاية تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابى حنيفة
رضى الله عنه أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان
كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان فى الورثة كبار أو الايصاء الى عبد الغير لانه
لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول فانه ليس للقاضى ولا للصغار منعه بعدما ثبت الايصاء
اليه وكذا ليس له بيعه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ
على ما رواه الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله كما اذا أوصى الى رجلين أحدهما يكون فى الدين والآخر
فى العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى اليه خاصة ونقول يصار اليه كى لا يؤدى الى ابطال
أصله وتغيير الوصف بابطال عموم الولاية أولى من ابطال أصل الايصاء وقول محمد رحمه الله فيه مضطرب

اثبات الولاية للوصى على
سبيل الخلافة عنه ولا ولاية
للذمى والحربى على المسلم
لقوله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين
سبيلا وأما الفاسق فذهب
شمس الائمة السرخسى
أيضا أن الوصية تجوز
ولكن القاضى يخرجه عن
الوصاية لان الوصاية اليه
لا تتم معنى النظر وهذا
لان الفاسق من أهل الولاية
ولهذا كان من أهل الارث
فيكون أهلا للوصية أيضا
(قوله لانه لا يملك بيع رقبته)
معناه أن ولاية الوصى مثل
ولاية الموصى لكون ولاية
الوصى مستفادة من جهة
الموصى ثم ولاية الموصى
وهو الاب ليست بمتجزئة
حيث لا يقال ان ولايته فى
البعض دون البعض وولاية
العبد متجزئة لانه يملك بيع

التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفى اعتبار متجزئتها أى فى اعتبار هذه الوصية وهى الوصية
الى عبد نفسه والورثة صغار تجزئة الولاية وفيه تجزئة الوصية أيضا لان العبد لا يلى بيع نفسه ولا يكون وصيا فى بيع نفسه اهـ اتقانى
(قوله ولابى حنيفة أنه مخاطب مستبد بالتصرف) احترز بالمخاطب عن الصبى والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم الخطاب واحترز
بالمستبد عن الايصاء الى عبد الغير لانه لا استبداد له فى التصرف وعن عبد نفسه أيضا اذا كان فى الورثة كبير لان للكبير أن يحجره و يبيع
نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد اهـ اتقانى (قوله والوصاية قد تتجزأ) هذا جواب على سبيل المنع عن قوله وفى اعتباره تجزئتها وقوله أو نقول
الخ يعنى سلمنا أن الوصاية لا تتجزأ لكن انما صرنا الى التجزى كى لا يؤدى الخ اهـ (قوله أوصى اليه خاصة) والظاهر عن أبى حنيفة عدم
التجزى فيكون كل منهما وصيا فى العين والدين اهـ غاية (قوله وقول محمد فيه مضطرب الخ) قال الاتقانى قال صاحب الهداية وقول
محمد مضطرب فيه يروى مرة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ولنا فى هذا القيل نظر لان الكبار الثقات المتقدمين على صاحب الهدا

يروى مع أبي حنيفة رحمه الله ويروى مع أبي يوسف رحمه الله قال رحمه الله (والالا) أي ان لم تكن الورثة صغارا بأن كان كلهم أو بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله (ومن عجز عن القيام بها ضم اليه غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكا الوصي اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه أولى ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة أو بعضهم الموصى اليه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولا وصي له قال رحمه الله (وبطل فعل أحد الوصيين) أي اذا أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال أبو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصفار قال أبو الليث رحمه الله وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق أن ضم الثاني في الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان الايصاء الى الثاني يقصد به الاشراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الى الاول فيملك اشراك الثاني معه وقد يوصي الانسان الى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة فان رأي الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم أن مراده أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت أن الخلاف فيهما معا فأبو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فتثبت لكل واحد كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كانت بوصف الكمال فتنتقل اليه كذلك ولان اختيار الموصي اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار كما اذا وضع الاستثناء ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأي الواحد لا يكون

كرأي

كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره والحاكم الشهيد في مختصر الكافي وأبي الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة في شرحه للكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا على أن محمدا نص في الاصل على ذلك فقال واذا أوصى الى عبده فان الوصية اليه جائزة في قول أبي حنيفة وفيها قول آخر قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز الى عبده أرأيت لو كبر الصغار أما كان لهم أن يبيعوه الى هنا لفظ الاصل وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع وقال شمس الائمة في شرح الكافي قول أبي حنيفة هو الاستحسان وقولهما هو القياس اه (قوله ولو شكا الوصي اليه ذلك) أي عجزه عن القيام بأمور الوصية اه من خط الشارح (فرع) قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره والاوصياء الاحرار البالغون على ثلاث مراتب فوصي مأمون على ما أوصى به اليه مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم أن يعترض عليه ووصي مأمون غير مضطلع للقيام به أيده الحاكم به ووصي مخوف على ما أوصى به اليه فيخرجه الحاكم من الوصية ويقيم فيها من يطلع عليه (قوله فأولى أن يقدم على غيره) وهو وصي القاضي اه (قوله وليس من النظر ابقاؤه) الذي في خط الشارح وليس من النظر في ابقائه الخ (قوله لم يكن لاحدهما أن يتصرف في مال الميت) أي الا في أشياء معدودة ستأتي قريبا اه (قوله وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف) أي في جميع الاشياء اه (قوله ذكره أبو بكر الاسكاف) وكان أبو موسى الرازي يقول هكذا وكان يستدل بمسئلة في كتاب الزيادات ان جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا فهو ابنهما فان أوصى كل واحد من الابوين الى رجل ثم ماتا جميعا فليس لاحد الوصيين أن يتصرف دون الآخر في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف يجوز فقد ذكر في تلك المسئلة الاختلاف وان كان أوصى كل واحد منهما الى رجل على حدة قال فكذلك في هذه المسئلة اه غاية (قوله فاذا ثبت أن الخلاف فيهما معا) أي اذا أوصى اليهما معا أو على التعاقب اه من خط الشارح

كرأى المثنى ولم يرض الموصى الا بالمثنى فصار كل واحد فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين فى الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصى ولهذا بقى مخيرا فى التصرف ففى الوليين أوفى أحدهما حقا على صاحبه وفى الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثانى استيفاء دين لهما حيث يجوز فى الاول دون الثانى بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دائما وهو ما استثناه فى الكتاب وأخواتها فقال رحمه الله (فى غير التجهيز وشراء الكفن) لان فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر والرفقة فى السفر (وحاجة الصغار والاتهاب لهم) لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعرى وانفراد أحدهما بذلك احياء للصغار ولهذا يملكه كل من هو فى يده (ورد وديعة عين وقضاء دين) لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة ألا ترى أن صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضى بأمانتهما جميعا فى القبض ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع فى البيع الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال كل ذلك ينفرد به أحدهما دون صاحبه (وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين) لانه لا يحتاج فيه الى الرأى (والخصومة فى حقوق الميت) لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا ومن أخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجميع الاموال الضائعة لان فى التأخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى ولانه يملكه كل من هو فى يده فلم يكن من باب الولاية ولو مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فظاهر لان الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت وأما عند أبى يوسف رحمه الله فلأن الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه وصيان متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصى آخر مكان الاول قال رحمه الله (ووصى الوصى وصى التركتين) أى اذا مات الوصى وأوصى الى غيره فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعى رحمه الله لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضى برأيه ولم يرض برأى غيره فصار كوصى الوكيل فانه يصير وصيا فى مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضى مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب فكذا الوصى ليس له أن يوصى فى مال الموصى اليه ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء والذى يوضح ذلك أن الولاية التى كانت للموصى تنتقل الى الجد فى النفس والى الوصى فى المال ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه فكذا الوصى وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فى التركتين ولا نسلم أنه لم يرض برأى من أوصى اليه الوصى بل وجد ما يدل عليه لانه لما

(قوله فقال فى غير التجهيز وشراء الكفن) قال الاتقانى ومثل شراء الكفن لانه ضرورى لا يبتنى على الولاية ألا ترى أن الام تملكه ولهذا لو مات رجل فى محلة قوم ومعه مال فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية اهـ (قوله والاتهاب لهم) لان فى التأخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذى فى حجره فلم يكن من باب الولاية اهـ هداية (قوله ولو مات أحدهما) أى أو جن أو وجد ما يوجب عزله اهـ (قوله فى المتن ووصى الوصى وصى) قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا اذا أوصى الوصى الى الثانى فى تركته وتركة الاول فالثانى وصيهما جميعا وأما اذا أوصى الى الثانى ولم يذكر تركة الاول فى قول علمائنا صار الثانى أيضا وصيهما وفى قول ابن أبى ليلى يكون للثانى خاصة ولا يكون وصيا للاول فأما اذا أوصى اليه فى تركته وتركة الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان وكان القياس أن لا يجوز لان الوصى بمنزلة الوكيل وليس للوكيل أن يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فكذلك ليس له أن يوصى فى مال الاول اذا لم يؤمر وفى الاستحسان يجوز لان الاول لما أوصى اليه فقد علم أن الوصى لا يعيش أبدا ويحب أن تكون أموره ضائعة فصار كأنه أذن له بأن يوصى الى غيره بطريق الدلالة وان لم يأذن له بالافصاح فلو كان أذن له بالافصاح جاز له أن يوصى الى غيره فكذلك اذا أذن له بالدلالة بخلاف الوكالة لان الوكالة لا تصح بعد الموت (١) وأما اذا أوصى (قوله ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه) أى من الميت بطريق الخلافة (قوله تنتقل الى الجد فى النفس) حتى كان له تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص اهـ غاية (قوله كانت له ولاية فى التركتين) مال نفسه الذى يتركه وتركة موصيه اهـ

(١) قول المحشى وأما اذا أوصى هكذا فى الاصل والكلام منقطع كما ترى فحرر اهـ مصححه

استعان به فى ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره لاسيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وشوتلا فى مافرّط فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بتوكيل أو ايصاء قال رحمه الله (وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا) أى قسمة الوصى مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه لا يجوز وهو ما اذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب و يردّ عليه به و يصير مغرورا بشراء المورث والوصى أيضا خليفة الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فنفذت قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما فى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يردّ بالعيب ولا يردّ عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون خصما عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقى لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقى على الشركة ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الورثة كبارا أو صغارا لان له ولاية البيع فى مال الصغار والقسمة فى معنى البيع وله ولاية الحفظ فى مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا فى معنى البيع فلا يضمن قال رحمه الله (فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقى) أى لو قاسم الوصى الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك فى يده رجع الموصى له بثلث ما بقى لما بينا أن الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما فى أيدى الورثة ان كان باقيا فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه وان هلك فى أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعدّ فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء قال رحمه الله (وان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما فى يده أو دفع الى من يحج عنه فضاع فى يده حج عن الميت بثلث ما بقى) أى اذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصى الورثة فهلك ما فى يد الوصى يحج عن الميت بثلث ما بقى وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع ما دفع اليه يحج عنه بثلث الباقى وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان المفرز مستغرقا للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه الله لا يحج عنه بشئ وقد قررناه فى المناسك قال رحمه الله (وصح قسمة القاضى وأخذه حظ الموصى له ان غاب) أى ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى ناظر فى حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض فى يد القاضى أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضى وهذا فى المكيل

(قوله قسمة الوصىّ مع الموصى له عن الورثة جائزة) أى اذا كانوا صغارا أو كان بعضهم كبيرا غائبا اه غاية (قوله وهو ما اذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له) أى سواء كان صغيرا أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى العقار أو فى العروض اه (قوله و يصير مغرورا بشراء المورث) يعنى لو اشترى رجل جارية ثم مات واستولدها وارثه ثم استحقت الجارية فانه يتمكن من الرجوع على بائع الميت ويكون الولد حرا ولو لم يكن هو خليفة الميت لما ثبتت له ولاية الرجوع على بائع الميت حتى لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها لا يتمكن من الرجوع على بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره بخلاف الوارث مع مورثه اه كاكى (قوله فى المتن فلو قاسم الورثة الخ) قال فى الهداية ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضى فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة قال الاتقانى وانما جازت قسمة القاضى لانه نصب ناظرا لامور المسلمين خصوصا فى حق الاموات والغيب لعجزهم عن التصرف بأنفسهم ومن النظر أن يفرز نصيب الغائب فان هلك نصيبه فى يد القاضى ليس له أن يرجع على الورثة بشئ والفرق بين القاضى حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصى حيث لا تجوز مقاسمته على الموصى له أن القاضى ولاية على الغائب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف فكان قسمته كقسمة الموصى له والوصى لا يملك بيع شئ من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه أصلا فلم تنفذ قسمته اه (قوله فى المتن وان أوصى الميت بحجة الخ) قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وعلى هذا الخلاف لو قال أعتقوا عنى نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث ما بقى فى أيديهم فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف بما بقى من ثلث ماله فى أيديهم وفى قول محمد بطلت الوصية اه غاية (قوله فى المتن وصح قسمة القاضى الخ) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وذكر فى السير الكبير أن القاضى لو ميز الثلث من الثلثين ولم يدفع الى واحد من الفريقين شيأ حتى هلك أحد النصيبين هلك من الجملة وانما تصح قسمة القاضى اذا دفع الى أحد الفريقين نصيبه فأما اذا لم يدفع الى أحد الفريقين نصيبه لم تتكامل القسمة لان القسمة ينبغى أن تكون بينه وبين الآخر ولا يصلح هو أن يكون بنفسه مقاسما ومقاسما اه غاية وكتب ما نصه قال العتابى فى شرح الجامع الصغير والوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط اه اتقانى

المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة وأما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة قال رحمه الله (وبيع الوصي عبدا من التركة بغيبة الغرماء) أي صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان لغرمائه حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه قال رحمه الله (وضمن الوصي ان باع عبدا أوصي ببيعه وتصدق بثمنه ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده) معناه اذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال رحمه الله (ويرجع في تركة الميت) لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا لا يرجع الوصي على أحد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء ثم رجع الى ما ذكر هنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء لانه يمتنع عن التقلد بهذه الامانة خشية لزوم الضمان فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في آخر كتاب القضاء وان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما في سائر ديون الميت وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم قال رحمه الله (وفي مال الطفل ان باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده) أي اذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال المبيع رجع في مال الصغير لانه عامل له قال رحمه الله (وهو على الورثة في حصته) أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال رحمه الله (وصح احتياله بماله لو خيرا له) أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير بأن يكون الثاني أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول قال رحمه الله (و بيعه وشراؤه بما يتغابن) أي يجوز بيع الوصي أو شراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والوصي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهو ليس من أهله ولا ضرورة اليه وهذا اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي وأما اذا اشترى شيأ من مال اليتيم لنفسه أو باع شيأ منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه وأما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد

(قوله صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء) صورته محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدا وعليه دين يحيط بماله فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جائز وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد اهـ غاية (قوله لان لغرمائه حق الاستسعاء) حتى يأخذوا كسبه اهـ وكتب ما نصه فيكون البيع مبطلا لحقهم فلهم أن يبطلوا البيع اهـ غاية (قوله لانه عامل له) أي في تنفيذ وصيته اهـ (قوله بل بحكم الغرور) لان الميت لما أمر ببيع هذا العبد والتصدق بثمنه كأنه قال ان هذا العبد ملكي اهـ

(قوله أو رغب المشترى فيه بضعف الثمن) المراد بالثمن القيمة اه (قوله أو يكون للصغير حاجة الى الثمن) هذا حكم الوصى وأما الاب اذا باع عقار الصغير بمثل القيمة فان كان الاب محمودا عند الناس أو مستورا يجوز حتى لو بلغ الابن لم ينقض البيع وان كان الاب فاسقا لا يجوز البيع حتى لو بلغ الابن له نقض البيع وهو المختار اه كاكى (قوله فى المتن ولا يتجر فى ماله) أى لنفسه أما اذا اتجر للصغير يجوز قال قاضيخان يتجر بمال اليتيم لليتيم ولا بد من حمله على هذا توفيقا بينه وبين قولهم يضارب فى ماله و يدفعه مضاربة وقد صرح الشارح فى الرهن بأن الوصى لو رهن مال اليتيم عند أجنبى بتجارة باشرها لليتيم صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله اه وفيه تأييد لما قلنا اه وكتب ما نصه وفى فصول الاستروشنى نقلا عن المبسوط ان للوصى أن يتجر فى مال الصغير وكذا فى الكافى والهداية فى كتاب الرهن وفى فتاوى قاضيخان لا يجوز للوصى أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو الميت فان فعل وربح يضمن رأس المال و يتصدق بالربح فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ ولو أخذ مضاربة اه وكتب ما نصه قال العمادى ذكر فى باب المصراة من بيوع شرح الطحاوى أن الولاية فى مال الصغير الى الاب و وصيه ثم الى وصى وصيه فان مات الاب ولم يوص الى أحد فالولاية الى أب الاب ثم الى وصيه ثم الى وصى وصيه فان لم يكن فالقاضى ومن نصبه القاضى ولهؤلاء كلهم ولاية التجارة بالمعروف فى مال الصغير والصغيرة ولهم ولاية الاجارة فى النفس والمال جميعا ثم قال العمادى نقلا عن المبسوط وللوصى أن يتجر فى مال اليتيم وان يدفعه مضاربة وأن يعمل به مضاربة وأن يبضع ويشارك واذا لم يشهد الوصى على نفسه أنه يعمل به مضاربة كان ما اشترى كله للورثة لانه يدعى استحقاق بعض الربح من مال الورثة لنفسه ولا يستحق ذلك الا بالشرط فما لم يثبت ذلك عند القاضى لا يعطى له شئ من الربح اه وقال قاضيخان وللوصى أن يودع مال اليتيم و يبضع و يتجر بمال اليتيم و يدفع مضاربة وله أن يفعل ما كان خيرا لليتيم وكذا الاب اه وفى الخلاصة وللوصى أن يدفع مال الصبى مضاربة و بضاعة وأن يشارك به غيره وفى المنتقى الوصى يأخذ مال اليتيم مضاربة اه وقال فى الوقاية والنقاية ويدفع ماله أى الوصى مال الصغير مضاربة وشركة و بضاعة ويحتال على الاملاء لا على الحفظ الاعسر ولا يقرض و يبيع على الكبير الغائب الا العقار ولا يتجر فى ماله انتهت عبارة الوقاية والنقاية والظاهر ان الضمير فى ماله راجع للكبير لقربه لكن قال الشيخ تقى الدين الشمنى رحمه الله أى مال الصغير وهو فى هذا تابع للفخر الزيلعى رحمه الله اه وفى الهداية و بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب يلى ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لانه لا يملكه على الكبير الا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر فى المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة اه وظاهر السياق كما ترى يقتضى أن يكون قوله ولا يتجر فى المال راجعا الى مال الكبير وقد أفصح بذلك الشيخ قوام الدين الاتقانى رحمه الله فقال فى شرحه قوله قال و بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار أى قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يموت و يوصى الى رجل و يترك ابنا غائبا قال كل شئ صنعه الوصى فهو جائز الا أنه لا يبيع العقار ولا يتجر فى المال وذلك لان الوصى قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصى وانما يملك بيع العروض على الكبير الغائب والقياس أن لا يملكه لان الاب لا يملك بيع العروض على ولده الكبير فكذلك وصيه وجه الاستحسان أن الوصى مأمور بحفظ التركة حتى لو ظهر عليه دين يقضى من ذلك و بيع المنقول من باب الحفظ لان المنقول مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن أيسر بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف ومن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه فى شراء العقار والعروض يسرع اليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير

رحمه الله وأظهر الروايات عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز على كل حال هذا فى وصى الاب وأما وصى القاضى فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب أن يشترى شيأ من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة أو بغبن يسير وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصى بيع عقار الصغير الا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشترى فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد رحمه الله وبه يفتى قال رحمه الله (و بيعه على الكبير فى غير العقار) أى بيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب يلى ماسوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى أكثر من ذلك وعند أبى حنيفة رضى الله عنه جاز له بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبتت فى البعض ثبتت فى الكل لانها لا تتجزأ ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح أنه لا يملك لانه نادر قال رحمه الله (ولا يتجر فى ماله) أى الوصى لا يتجر فى مال اليتيم لان المفوض اليه

الحفظ دون التجارة ووصي الاخ أو العم أو الام في مال تركها ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب لان الوصي قائم مقام الموصي وكان للموصي أن يتصرف في مال نفسه فكذا لوصيه أن يبيعه للحفظ بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي وليس لواحد من هؤلاء التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف وصي الاب أو الجد أب الاب حيث يكون لهم ولاية التصرف في مال الصغير مطلقا من غير تقييد بما تركه ميراثا له لانه قائم مقام الموصي وللاب أو الجد التصرف في جميع ماله فكذا لوصيه قال رحمه الله (ووصي الاب أحق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا أن ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لاولاده من تصرف الجد قال رحمه الله (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير أنه ان أوصى الاب يقدم عليه الوصي في التصرف في المال لما بينا دون غيره وان لم يوص يبقى على حاله

﴿فصل في الشهادة﴾ قال رحمه الله (شهد الوصيان أن الميت أوصى الى زيد معهما لغت) أي بطلت الشهادة لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا ردت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهما بدونه فصار كأنه مات ولم يوص الى أحد فيضم اليهما ثالثا ليمكنهم التصرف قال رحمه الله (الا أن يدعي زيد) أي يدعي أنه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس أن لا تقبل كالاول وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما اذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى قال رحمه الله (وكذا الابنان) أي اذا شهد الابنان بأن أباهما أوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى أنفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضي الله عنه لا أقبل شهادة خصم ولا مريب أي متهم واذا ادعى المشهود له الوصاية يقبل استحسانا على أنه نصب وصي ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة أو لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية قال رحمه الله (وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال) أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين قال رحمه الله (أو لكبير بمال الميت) أي لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت

أيسر وأبعد من التوي والتلف والفساد وقالوا لو خيف هلاك العقار أو هلاك بنائه يملك الوصي بيعه أيضا على الكبير الغائب لان البيع في هذه الحالة يكون حفظا ولا يتجر الوصي على الكبير الغائب في ماله لان التجارة يبتغي بها الربح دون الحفظ فلا يملك اه وفي شرح تاج الشريعة ما يخالفه قال عند قول صاحب الهداية ولا يتجر في المال أي في مال الصغير هكذا في الاوضح اه ويجب أن يحمل هذا كما تقدم على ما اذا اتجر لنفسه بمال اليتيم وقد قال في الهداية في باب الرهن وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاع اليتيم جاز ثم قال وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لان الاولى له التجارة تثميرا للمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء اه وفي الكافي في باب الرهن مثله اه قال الاتقاني يعني اذا اتجر الوصي لاجل اليتيم فباع متاعه فأخذ رهنا أو اشترى لاجل اليتيم فرهن متاع اليتيم جاز لان الافضل للوصي أن يتجر لاجل اليتيم تثميرا لماله والتجارة بيع وشراء فلا بد من الارتهان والرهن للاستيفاء والايفاء اه قال في شرح الجامع الصغير للامام برهان الائمة عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه المعروف بالحسام الشهيد ما نصه وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا العقار وكذلك لا يملك التجارة في ماله لانه قائم مقام الموصي والموصي وهو الاب لا يملك بيع مال الكبير الغائب الا بطريق الحفظ نظرا له فكذلك الوصي وبيع المنقول من باب الحفظ وكذلك النفقة والاجارة أما التجارة فمن باب الولاية وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محفوظ بنفسه ولو خيف هلاك العقار أو هلاك بناء العقار هل يملك بيعه لو قيل يملك بيعه لا يبعد لان البيع في هذه الحالة من جملة الحفظ اه وقد وقفت على نسخة من الكنز محشاة بخط العلامة جلال الدين التباني وكتب تحت قوله في ماله أي في مال الكبير الغائب وجعل رابطة تحت الضمير في قوله في ماله راجعة للكبير والله الموفق اه (قوله في مال تركه) الذي بخط الشارح في مال تركها اه ﴿فصل في الشهادة﴾ (قوله عند غيبة الوارث) اذ حفظ مال اليتيم اليهما في حق الكبير اذا غاب ويتوهم

أقامهما مقام نفسه فى تركته لا فى غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والموصى أبا حيث لا تقبل شهادتهما فى الكل لان لوصى الاب التصرف فى مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه فى حق الصغير وقيده به فى الكبير وهذا عند أبى حنيفة وقالا اذا شهد الوارث كبير يجوز فى الوجهين أى فيما تركه الموصى وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما فى مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كان صغيرا على ما بينا والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا) وهذا عند محمد رحمه الله وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا ويروى أبو حنيفة مع محمد رحمهما الله ويروى مع أبى يوسف وعن أبى يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادّعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الغريمان الاولان تقبل وجه قول محمد رحمه الله أن الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فلا تتمكن الشركة بينهم فصار كما اذا شهد الفريقان فى حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر ولو قبض أحد الفريقين شيأ كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة فى التركة فلا تصح شهادتهما ولابى يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق تلاقى محلا مشتركا فصار نظير مسئلة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة فى حالة الحياة لان الدين فى ذمته يبقى لا فى المال فلا تتحقق الشركة وجه رواية الحسن أنهما اذا جاآ معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثانى لا يزاحمه الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت الشركة ولو شهد رجلان أنه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهى باطلة لان الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما اذا شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين أنه أوصى لهما بعين آخر حيث تقبل الشهادتان لانه لا شركة فلا تهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد النبى الاوّاب

﴿كتاب الخنثى﴾

قال رحمه الله (هو من له فرج وذكر) أى الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا وهو فى اللغة يدل على التكسر واللين ومنه يقال تخنث فى كلامه اذا لان وتكسر اعلم أن الله تعالى خلق البشر ذكرا وأنثى كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى فدل أنه لا يجتمع الوصفان فى شخص واحد فكيف يجتمعان وهما متضادان وقد جعل علامة التمييز بينهما الآلة ثم قد يقع الاشتباه بان يوجد الآلتان ولا يوجد التمييز قال رحمه الله (فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فأنثى) لانه عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول

عدوا الولاية بالجنون فكانا متهمين اه كافى (قوله ألا ترى أن التركة لو هلكت الخ) وفى فتاوى رشيد الدين اذا كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال يجبر رب الدين على القبول لان عند استغراق التركة بالدين وان كان لا ملك لهم ولكن لهم حق استخلاص التركة أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقدا كان للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء والاجنبى لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول لانه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة والدين اذا كان زائدا على التركة فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة كالعبد الجانى اذا فداه المولى فداه بارشه اه فصول العمادى

﴿كتاب الخنثى﴾

(قوله فى المتن هو) الذى بخط الشارح هو اه (قوله ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا) قال الاتقانى وقد يقع الاشتباه بعدم آلة التمييز أصلا بأن يولد ولد ليس له آلة الذكر ولا آلة الانثى وهذا أبلغ وجهى الاشتباه والهذا بدأ محمد رحمه الله كتاب الخنثى به اه وروى عن الشعبى أنه سئل عن مولود ولد ليس بذكر ولا أنثى وليس له ما للانثى وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال عامر له نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا

يبول وعن على رضى الله عنه مثله وروى أن قاضيا من العرب فى الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنية تغمز رجليه فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك فقالت دع المحال وأتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك أن هذا الحكم كان فى الجاهلية فأقره الشرع ولان البول من أى عضو كان فهو دليل على أنه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب وذلك إنما يقع به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الآلة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من أمه وماسوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الاصلى قال رحمه الله (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لانه دليل على أنه هو العضو الاصلى ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى قال رحمه الله (فان استويا) أى فى السبق (فمشكل) لعدم المرجح قال رحمه الله (ولا عبرة بالكثرة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ينسب الى أكثرهما بولا لانه يدل على أنه هو العضو الاصلى ولان للاكثر حكم الكل فى أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة ما يخرج ليس بدليل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلى ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح أبو حنيفة رضى الله عنه اعتبار ذلك فقال وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقى قال رحمه الله (فان بلغ وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فرجل وكذا اذا احتلم من الذكر) لان هذه من علامات الذكر قال رحمه الله (وان ظهر له ثدى أو لبن أو حاض أو حبل أو أمكن وطؤه فامرأة) لأن هذه علامات النساء قال رحمه الله (وان لم يظهر له علامة أو تعارضت فمشكل) لعدم ما يوجب الترجيح وعن الحسن رضى الله عنه أنه تعد أضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد قال رحمه الله (فيقف بين صف الرجال والنساء) لانه يحتمل أن يكون ذكرا ويحتمل أن يكون أنثى فان كان ذكرا تفسد صلاته بالوقوف فى صف النساء وتبطل صلاة من يحاذيه ان كان أنثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء وان وقف فى صف النساء فان كان بالغا يعيد صلاته حتما وان كان مراهقا يستحب له أن يعيد والاصل فى أحكامه أن يؤخذ بالاحوط فالاحوط ويعيد الذى عن يمينه ويساره والذى خلفه الصلاة احتياطا لاحتمال أنه امرأة ويستحب أن يصلى بقناع لاحتمال انه امرأة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك ويجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال قال رحمه الله (وتبتاع له أمة تختنه) يعنى عماله لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان أنثى ويكره أن يختنه رجل لاحتمال انه أنثى أو امرأة لاحتمال أنه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا أنه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكرا وعلى تقدير أن يكون أنثى لان فى الجنس نظر الجنس أخف قال رحمه الله (وان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع) لان بيت المال أعد لنوائب المسلمين فتدخل فى ملكه بقدر الحاجة وهى حاجة الختان فاذا ختنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو زوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه أنثى فلا نكاح بينهما وتطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلى وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم أو مع امرأة من محارمه لاحتمال أنه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم كل ذلك احتراز عن ارتكاب المحرم وان أحرم وهو مراهق قال أبو يوسف رحمه الله لا علم لى فى لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان أنثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو

(قوله وروى أن قاضيا) هو عامر بن الظرب العدوانى والقائلة له أمته خصيلة اه مغرب (قوله فقال) أى لابى يوسف حين أخبر بجوابه اه (قوله ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك) قال بعضهم فى هذا المقام لا يتصور بقاؤه مشكلا بعد البلوغ قلت هذا كلام بلا فكر لانه بعد البلوغ اذا لم تظهر احدى العلامات أو تعارضت كان مشكلا وبه صرح القدورى وصاحب الهداية قبيل هذا الفصل اه اتقانى قوله قبيل هذا الفصل يعنى به الفصل الذى عقده فى الهداية لاحكام الخنثى اه (قوله ولو زوج امرأة تختنه الخ) قال الطحاوى فى مختصره وسمعت ابن أبى عمران يقول القياس عندى فى الخنثى اذا احتاج الى الختان أن يزوجه الامام امرأة فان كان ذكرا كانت زوجته وختنته وان كان أنثى كان مباحا لها ذلك قال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى ما حكاه أبو جعفر عن أصحابنا هو أصح من ذلك أى أصح مما ذكره ابن أبى عمران قال لانا ان زوجناه كان عقد النكاح مشكوكا فيه فان صح كانت المرأة معلقة لا يمكنها الخلاص منه ولا يتيقن أيضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب الميراث ان مات وهو مشكل ولا يدرى هل تلزمه نفقة أم لا اه اتقانى (قوله لانه ان كان ذكرا يكره له) يحرم عليه اه غاية

امرأة أحش من لبسه وهو رجل ولاشئ عليه لانه صغير لم يبلغ ولو حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع شئ حتى يستبين أمره لان الحنث لم يثبت بالشك ولو قال كل عبد لى حر أو قال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن بأحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى أنا رجل أو امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين فى حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال ألا ترى أن المعتدة اذا قالت انقضت عدتى وأنكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها بأن قالت فى مدة لا تنقضى فى مثلها العدة والاول ذكره فى الهداية وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة و ييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر هو غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر أو أنثى ويستحب أن يسجى قبره لانه ان كان أنثى أقيم واجب وان كان ذكرا لا تضره التسجية واذا أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة و يقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل فى قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون فى حكم القبرين وكذا فى الرجلين اذا دفنا فى قبر واحد وان دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب لاحتمال انه عورة ويكفن فى خمسة أثواب كما تكفن المرأة فهو أحب لاحتمال أنه أنثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه أنثى قال رحمه الله (وله أقل النصيبين) أى لو مات مورثه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على أحد التقديرين فلا شئ له مثاله أخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هى خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقى وهو السدس على أنه عصبة لانه أقل ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا وأما وأخوين من أم وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولاشئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد أخ هو خنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم و يقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبى للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس رضى الله عنهما مثله لانه مجهول والتوزيع على الاحوال عند القسمة طريق معهود فى الشرع كما فى العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت الموقع قبل البيان ولنا أن الحاجة الى اثبات المال ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لان فيه سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحلية كل واحد من المرأتين والعبدين لحكم ذلك السبب ثابتة لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر وفيما نحن فيه الشك وقع فى سبب الاستحقاق لان وصف الذكورة والانوثة سبب الاستحقاق المقدر وان كان أصل القرابة سببا لاصل الارث والمزاحم للخنثى متيقن

(قوله وان قال الخنثى أنا رجل الخ) قال الاتقانى قال الحاكم الشهيد فى الكافى فان قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان علم أنه مشكل وذلك لانه مجازف فيما يخبر عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره اهـ قال فى الهداية وان لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره قال الاتقانى وفى هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك اهـ (قوله وان مات قبل أن يستبين أمره) وقد راهق اهـ اتقانى (قوله و ييمم بالصعيد) وذلك لان الاصل ان النظر الى العورة حرام وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة الا أن نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ فى وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس أو لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو من جنس النساء فتعذر غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين الرجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميمم أجنبيا يممها مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها يممها بغير الخرقة وكذلك ان مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء ييممنه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذات رحم محرم منه وبخرقة ان كن أجانب منه فهذا مثله (فرع) ولا يقسم له من الغنيمة ولكن يرضخ له ولو كان كافرا فأسر لا يقتل لاحتمال انه أنثى ولا يقرر عليه جزية ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل فى القسامة ولا يرث من مولى أبيه بسبب لاحتمال أنه أنثى اهـ (قوله وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب) قال فى شرح الكافى وان جعل نعش المرأة فهو جائز لانه أقرب الى الستر وهو مندوب اليه عند اشتباه الامر والنعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقدمر فى باب الجنائز اهـ اتقانى

بسبب استحقاقه فلا يجوز إبطاله ولا تنقيصه بالشك قال رحمه الله (فلو مات أبوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم) لأنه الأقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشعبي رحمه الله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فالابن الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده إن كان ذكرا كان له كل المال وإن كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة وإنما كان كذلك لأن الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع وليس للمال كل وثلاثة أرباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتبارا لطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى يعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب أحدهما في الآخر يبلغ ستة للخنثى على تقدير أنه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة في اثنين تبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر وأربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لأن نصف الستة ثلاثة ونصف الأربعة اثنان هو اعتبر الأحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره أيضا من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين ألا ترى أن الابن يأخذ في هذه المسألة سبعة لأن نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير أنه أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كانت معهما بنت فعند أبي يوسف رحمه الله تكون المسألة من تسعة لأن نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حالة انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما يبلغ تسعة وعند محمد رحمه الله له خمس وثمن لأنه على تقدير أنه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير أنه أنثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب أحداهما في الأخرى تبلغ أربعين ومنها تصح المسألة فللخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير أن الخنثى أنثى الربع عشرة وعلى تقدير أنه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير أنه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير أنه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا يخرج لو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين فأبو يوسف رحمه الله يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن أربعة ولكل خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس مائة نفس ومحمد رحمه الله يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة على التقديرين ويعطي لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين ولو كان معهم ذو سهم أخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين ويروى عن أبي يوسف رحمه الله مثل قول الشعبي قولا رجع إليه آخرا وقال شمس الأئمة نحن جاقول الشعبي ولم يأخذ به ولو أوصى رجل لما في بطن فلانة بألف درهم إن كان ذكرا وبخمسمائة إن كان أنثى فولدت خنثى أعطي الأقل ووقف الباقي حتى يتبين أمره وعلى قياس قول الشعبي رحمه الله يجب له سبعمائة وخمسون نصف الوصيتين وعندنا يعطى الأقل وهو خمسمائة ومن أحكام الخنثى المشكل أنه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج أمه إلا إذا تبين أنه ذكر لاحتمال أنه أنثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا إذا قبلته امرأة لا تتزوج بأبيه لما ذكرنا وإن زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله

انه رجل أو امرأة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين أن العقد كان صحيحا والا فباطل لعدم مصادفة المحل وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى وان ظهر انهما ذكران أو أنثيان بطل النكاح ولا يتوارثان اذا مات قبل التبين لان الارث لا يجرى إلا بعد الحكم بصحة النكاح ولا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه اذا كان رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه أن يجامع وان كان امرأة فهو كالرتقاء لانه لا يجامع واذا قطعت يده أو قطع هو يد رجل أو امرأة فلا يجب فيه القصاص لان القصاص لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة فلا يجب بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد أو قطعه عبد أو كان هو رقيقا فقطعت يده لان القصاص لا يجرى بين الحر والعبد ولا بين العبدين لما بينا من قبل بخلاف ما اذا قتل أو قتل هو بعد البلوغ حيث يجب القصاص لانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما بينا وفى الشهادة يجعل أنثى لانه المتيقن به والله أعلم

﴿ مسائل شتى ﴾ قال رحمه الله (ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان فى وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود) وقال الشافعى رحمه الله تجوز كتابته وايماؤه فى الوجهين لان المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين أن يكون أصلا أو عارضا كالوحشى والمتوحش من الاهلى فى حق الذكاة والفرق لنا أن الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة وذلك فى الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلى فلا يقاس أحدهما على الآخر والآبد عرفناه بالنص وهو ما روى عن رافع ابن خديج رضى الله عنه أن بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل بسهم فسمى فقال عليه الصلاة والسلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ثم قدر الامتداد هنا التمرتاشى بسنة وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبى حنيفة رضى الله عنهما فقال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه الى غير ذلك من الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر فلأن تكون من العاجز أولى ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام كان أفصح العرب ومع هذا أنبأ بالاشارة بقوله الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام بلغ الرسالة الى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة فاذا كان الكتاب كالخطاب عند العجز ففى حق الاخرس أولى لان عجزه أظهر وألزم عادة لان الغائب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهرا والاخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه على الدوام ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة فى تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فلزم حجة ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الاشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا لانه لا عرف فى اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول أظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الاحكام وان نوى قال رحمه الله (لا فى حد) أى لا تكون اشارته وكتابته كالبيان فى الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها ولعله كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد

لا يجب

(قوله وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر الخ) قال فى معراج الدراية نقلا عن المبسوط والذخيرة لو زوج الخنثى من خنثى مشكل آخر فالنكاح موقوف حتى يستبين أمرهما اه (قوله لانه لا يجامع) ولا حد فى قذف الرتقاء اه معراج (قوله واذا قطعت يده الخ) سواء كان القاطع رجلا أو امرأة اه

﴿قوله مسائل شتى﴾ أى متفرقة من كل باب يقال شتى وشتان قال تعالى وقلوبهم شتى أى متفرقة وايراد مسائل شتى فى آخر الكتب من دأب المصنفين اه (قوله مستبين) وهو صريح لا يحتاج الى النية اه (قوله مرسوم) المقصود من المرسوم أن يكون على الوجه المعتاد فى اظهار الامر عرفا كالكتب المعنونة والمحاضر والسجلات والقصص ونحوها اه يحيى (قوله ومستبين غير مرسوم) وهو كناية فيحتاج الى النية اه (قوله لا على وجه الرسم) أى لا على وجه المعتاد فى اثبات المقاصد كما يكتب على الكاغد لتجربة المداد أو القلم أو الخط ونحوها اه (قوله كالنية) فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان أخرس يبين نيته بكتابته كذا فى المبسوط اه

لا يجب الا بالقذف بصريح الزنا وفي القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام لا يجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة حقا لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى البدلية أصلا فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب في الاخرس كذلك فيكون في الغائب والاخرس روايتان ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لان الغائب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الاخرس لتعذر النطق في حقه للآفة التي به فدلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أن الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة أقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه فصارت أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا ولا يقدم على الآخر بل يخير ولهذا ذكره بكلمة أو وهي للتخيير وقالوا من صمت يوما أو يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى لا يجوز بالايماء والكتابة به اقراره وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال رحمه الله (غنم مذبوحة وميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل والا لا) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا كل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت المذبوحة أكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الكلام في حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن أو الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز قال رحمه الله (لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس) لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل منه شئ وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لا يتنجس به وذكر المرغيناني ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه يأخذ بللا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر الرطب لا يتنجس لان اليابس النجس يأخذ بللا من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيأ ويحمل على أن مراده فيما اذا كان الرطب ينفصل منه شئ وفي لفظه اشارة اليه حيث نص على أخذ البلة وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس وهو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضيخان في فتاواه اذا نام الرجل على فراش فأصابه مني ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر له أثر البلل في بدنه لا يتنجس جسده وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب بلل الفراش جسده وظهر أثره في جسده يتنجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله فمشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر أثر بلل الارض في رجله فصلى جازت صلاته وان كان بلل الماء في رجله كثيرا حتى ابتل به وجه الارض وصار طينا ثم أصاب الطين رجله لا تجوز صلاته ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تتنجس قال رحمه الله (رأس شاة متلطخ بالدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل) لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شئ أو تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر

(قوله وفي القصاص الخ) الفرق بين الحد والقود من وجهين أحدهما أن القود حق العبد وهو محتاج فيعتبر فيه الاشارة للضرورة والحد حق الله تعالى وهو غني عن العالمين فلا يعتبر والثاني ما أن القود فيه شبهة العوضية لانه شرع جابرا والاعواض تثبت مع الشبهة والحد ليس كذلك اهـ يحيى (قوله ويحتمل أن يكون الجواب في الاخرس كذلك) أي لا يكون حجة اهـ (قوله وعلى هذا) أي على ما قال المرغيناني اهـ

بالاستحالة ولهذالوأحرقت العذرة وصارت رماداطهرت للاستحالة كالخمراذاتخللت وكالخنزيراذاوقع فى المملحة وصارملحا وعلى هـذاقالوااذاتنجس التنوريطهر بالنارحتى لايتنجس الخبز وكذلك اذاتنجست ممسحة الخبازتطهر بالنار قال رحمه الله (سلطان جعل الخراج لرب الارض جازوان جعل العشرلا) وهـذاعندأبى يوسف رحمه الله وقال أبوحنيفة ومحمدرحمهما الله لايجوزفيهما الاانهمافى عبلماعة المسلمين ولابى يوسف رحمه الله أن صاحب الخراج لهحق فى الخراج فصح تركه عليه وهوصلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلايجوزتركه عليه وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الفتوى قال رحمه الله (ولودفع الاراضى المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز) معناه أن أصحاب الخراج اذاعجزواعن زراعة الارض وأداء الخراج دفع الامام الاراضى الى غيرهـم بالاجرة أى يؤجرالاراضى للقادرين على الزراعـة و يأخذالخراج من أجرتهافان فضل شئ من أجرتهادفعـه الى أصحابهاوهـم الملاك لانه لاوجه الى ازالة ملكهم بغيررضاهم من غـيرضرورة ولاوجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماذكرنافان لم يجدمن يستأجرهاباعهاالامام لمن يقـدرعلى الزراعـة لانه لولم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلافوات فيبيع تحقيقاللنظرمن الجانبين وليس له أن يملكها غـيرهم بغيرعوض ثم اذا باعها يأخذالخراج الماضى من الثمن ان كان عليهم خراج وردّالفضل الى أصحابها ثم قيل هـذاقول أبى يوسف ومحمدرحمهما الله لان عنـدهما القاضى يملك بيع مال المديون فى الدين والنفقة وأماعند أبى حنيفة رحمه الله فلايملك ذلك فلايبيعها لكن يأمرملاكها ببيعهاوقيل هـذاقول الكل والفرق لابى حنيفة رضى الله عنه بين هـذاوبين غيره من المديون أن فى هذا الزام ضرر خاص لنفع العـام ولازالة الضررعن العام وذلك جائزعنـده ألاترى أنه يرى الحجرعلى الطبيب الماجن والمفتى الجاهل والمكارى المفلس لدفع الضررعن العـامة فكذاضررتعطيل الخراج يرجع الى العامة فجازماذكرنالدفعه ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصاركدين العبد المأذون له فى التجـارة ودين الميت فى التركة فان القـاضى يملك البيع فيهـما لتعلق الحق بالرقبة فكذاهـذا وذكرفى النوادرعن أبى حنيفة رحمه الله أن أهل الخراج اذاهربوا ان شاء الامام عمرهامن بيت المال والغلة للمسلمين وان شاءدفع الى قوم وأطعمهم على شئ فكان ما يأخذللمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابهافاذا عمرهامن بيت المال يكون قدرماينفق فى عمارتهاقرضا لان الامام مأمور بتثمير بيت المال بأى وجه يتهيأله قال رحمه الله (ولونوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولوعن رمضانين كقضاء الصلاة صح وان لم ينوأول صـلاة أوآخرصلاة عليـه) معناه لوكان عليـه قضاء صوم يوم أوأكثرمن رمضان واحدفقضاه ناويا عنـه ولم يعين أنه عن يوم كذاجاز وكذالوصام ونوى عن يومين أوأكثر جازعن يوم واحد ولونوى عن رمضانين أيضا يجوز وكذاقضاء الصلاة أيضا يجوز وان لم يعين الصـلاة ويومها ولم ينوأول صلاة عليه أو آخرصلاة عليه وهذاقول بعض المشايخ والاصح أنه يجوزفى رمضان واحدولايجوزفى رمضانين مالم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذاعلى ماتبين وكذافى قضاء الصلاة لايجوزمالم يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذامثلا ولونوى أول ظهرعليه أوآخرظهرعليـه جازلان الصلاة تعينت بتعيينه وكذاالوقت تعين بكونه أولا أوآخرافان نوى أول صلاة عليـه وصلى فمايليه يصـيرأولا أيضافيدخل فى نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذاثالثا الى مالايتناهى وكذاالآخر وهذامخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته أواشتبهت عليـه أوأرادالتسهيل على نفسه والاصل فيـه أن الفروض متزاحمة فلابدمن تعيين مايريدأداءه حتى تبرأذمته منه لان فرضامن الفروض لايتأدى بنية فرض آخرفلهذاوجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانهاشرعت لتمييزالاجناس المختلفة ولهـذايكون التعيين فى الجنس الواحـدلغوالعدم الفـائدة والتصرف اذالم يصادف محله يكون لغواويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات

كلها

(قوله ولابى يوسف أن صاحب الخراج) أى صاحب الارض اذاكان أهـلا للخراج بأن كان من المقاتلة مثـلا صح ترك الخراج عليـه لانه محله اه يحيى (قوله فى المتن ولو دفع الاراضى المملكة) كذا بخط الشـارح اه (قوله دفع الامام الاراضى الخ) الامام يدفعها مزارعة فان لم يجدمن يأخذهامزارعة يؤجرهاويكون الاجرلرب الارض يؤدّى منه الخراج فان لم يجد من يسـتأجرها يبيعها ويكون الثمن لرب الارض يؤدّى منه الخراج وان لم يجدمن يشتريها يدفع الى رب الارض من بيت المـال مقدار مايعمرهابه لانه مأمور بتثميرمال بيت المـال بأى وجـه يتهيأ فان أراد السلطان أن يأخذهالنفسـه يبيعها من غيره ثم يشـترى من المشترى كذافى فتاوى قاضيخان (قوله يأخـذ الخراج المـاضى) الذى بخط الشـارح يأخـذالخراج المـاضيـة اه (قوله على الطبيب والمفتى الجـاهل) كذا هو بخط الشـارح اه (قوله وان شاءدفعها) الذى بخط الشـارح وان شاءدفع اه (قوله وأطعمهم) كذا هو بخط الشـارح اه (قوله والاصح أنه يجوزفى رمضان الخ) لووجب عليـه قضاء يومين من رمضان واحـد فصـام ولم يعين الاول جاز وكذالوكانامن رمضانين على المختار حتى لونوى القضاء لاغـير جاز اه فتح القدير

(قوله أو العصرين من يومين) سئل عمر الحافظ عن سجود التلاوة هل عليه التعيين كما في الصلاة قال لا بل عليه حفظ العدد اه قنية (قوله في المتن خويشتن رازن الخ) مسائل الفارسية لم يتكلم عليها الشارح اه (قوله ليتنقلها الى منزله)

أو ليكترى لها منزلا اه قاضيخان

كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه ودلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا وفي الاجناس لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات أن نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان الامر لو كان كما قاله لجاز مع وجوب الترتيب أيضا لامكان صرفه الى الاول اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله (ابتلع بزاق غيره كفر لو صديقه والا لا) أي اذا ابتلع الصائم ريق غيره فان كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس قال رحمه الله (قتل بعض الحجاج عذر في ترك الحج) لان أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط الاداء على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحجاج في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا يأثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف فيها فلا نعيدها قال رحمه الله (منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعد منعا قال رحمه الله (ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه) أي لا تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام قال رحمه الله (قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك) لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك قال رحمه الله (قالت مرا طلاق ده فقال داده كير وكرده كير أو داده باذ وكرده باذ ينوى ولو قال داده است كرده است يقع نوى أو لا ولو قال داده أنكار كرده أنكار لا يقع وان نوى وى مرا نشايذ تا قيامت أو همه عمر لا يقع الا بنية حيلة زنان كن اقرار بالثلاث حيلة خويش كن لا كابين ترا بخشيذم مارا از جنك بازدار ان طلقها سقط المهر والا لا) قال رحمه الله (قال لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق) لانه ليس بصريح العتق ولا كناية عنه فلا يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد دون العتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يا مالكي أو أنا عبدك حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصود العدم قدرته على ذلك ولا

(١) سقط من نسخ الشارح التي بأيدينا بعد هذا جملة مسائل بالفارسية وقد نبه المحشي على أنه لم يتكلم عليها فأثبتناها بالهامش كما ترى اه مصححه

يوزن من شنذى فقالت شذم لم ينعقد * خويشتن را زن من كردانيذى فقالت كردانيذم وقال بذيرفتم ينعقد * دختر خويشتن را بيسر من أرزانى داشتى فقال داشتم لا ينعقد * منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه لا * قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك * قالت مرا طلاق ده فقال داده كير وكرده كير أو داده باذ وكرده باذ ينوى ولو قال داده است كرده است يقع نوى أو لا ولو قال داده أنكار كرده أنكار لا يقع وان نوى * وى مرا نشايذ تا قيامت او همه عمر لا يقع الا بنية * حيلة زنان كن اقرار بالثلث * حيلة خويش كن لا * كابين ترا بخشيذم مارا أز جنك بازداران طلقها سقط المهر والا لا * قال لعبده يا مالكي أو لامته أنا عبدك لا يعتق

برآمن سوكند است اين كار نكنم اقرار باليمين بالله تعالى وان قال برآمن سوكند است بطلاق لزمه ذلك فان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق ولو قال مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم فهو اقرار باليمين بالطلاق * قال للبائع بهارا بازده فقال البائع بدرهم يكون هذا البيع

مقتضى لان من شرطه أن يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضى وهو الملك حكما لما ذكرنا فلا يثبت المقتضى بدونه قال رحمه الله (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي) أي اذا ادعى عقارا لا يكتفي بذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة البينة أنه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه أو علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل أن يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فأمكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة قال رحمه الله (عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه) لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر جاز قضاؤه وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من أعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه واليه أشار محمد أيضا في كتاب أدب القاضي (١) فقال ان المصر شرط لنفوذ القضاء قال رحمه الله (اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي ألا ترى أن الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا هكذا القاضي وقال الشعبي رحمه الله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل عليه القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه ويستأنف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على أن القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا أولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا أنه خفي عليه فكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة قال رحمه الله (خبأ قوما ثم سأل رجلا عن شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم) أي اذا خبأ رجل جماعة في مكان ثم سأل رجلا آخر عن شيء مثل دين له عليه فأقر به المسؤل والجماعة يرونه ويسمعون كلامه والمقر لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق أداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال رحمه الله (وان سمعوا كلامه ولم يروه لا) أي لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه قال رحمه الله (باع عقارا وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع) أي لا تسمع دعواه لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث رحمه الله عينه فقال لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا

(قوله في المتن عقار لا في ولاية القاضي الخ) وفي فصول الاستروشني لو ادعى رجل على رجل دارا في بلد غير [illegible] المدعي بينة قبلت بينته وقضى بها المدعي وجاز قضاؤه وان لم تكن الدار في ولاية هذا القاضي هكذا ذكر في فصل دعوى الدور والاراضي من دعوى فتاوى قاضيخان وفي الباب الاول من فتاوى رشيد الدين وذكر علاء الدين الديناري في متفرقات فتاواه هذه المسئلة وقال يجوز حكم القاضي اذا كانت الدار في ولاية من قلده اه (قوله هل يعتبر المكان أو الاهل) أي أهل المكان المتنازع فيه يعتبر أن يكونوا من أهل محل ولاية القاضي ويتخرج على هذين القولين لو كان العقار لا في محل ولايته والاهل ليسوا من محل ولايته لا ينفذ قضاؤه على القولين هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة اه (قوله لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينتقض) الحاصل أن قضاء القاضي لا ينتقض الا اذا تبين خطؤه بيقين كما لو قضى بموت شخص ثم جاء حيا ونص الواقف كنص الشارع فلو تبين نص الواقف على خلاف القضاء اعتبر الرجوع عنه ولزم ابطاله اه يحيى (قوله لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر) قال قاضيخان رحمه الله في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدعي وفيما اذا باع الرجل شيأ بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك انه لها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تسمع دعواها والصحيح أنها تسمع اه

(١) قول الشارح فقال ان المصر شرط الخ هذه الزيادة في بعض النسخ دون بعضها وتأمل وجه الاشارة منها اه مصححه

زماما ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بأنه ملك البائع وأن لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس ونقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع الغريب وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل الفصل في الضمان فقال ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع أي ليست بشرط فيه ولا هي اقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب لحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم وقالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لان إقدامه على البيع اقرار منه وان أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان أقام البينة على ذلك قيل تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لانها من باب الحسبة فاذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط لانه باقامة البينة أن الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض وقال في الجامع الاصغر اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يسعه لان سكوته يحتمل الرضا والسخط وقال ابن أبي ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع قال رحمه الله (وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها منه وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له) أي للزوج والقياس أن يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت للوارث ألا ترى أن المريض اذا وهب عبدا لوارثه فأعتقه الوارث أو باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض رد الوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر بالاتفاق والوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما أقررت حلف المقر له على أن المقر ما كان كاذبا فيما

(قوله اتفق مشايخنا) أي مشايخ سمرقند وأما مشايخ بخارى فقالوا تسمع فينظر المفتي في ذلك فان كان في أكبر رأيه انها لا تسمع لاشتهار المدعي بالحيل والتلبيس وأفتى به كان حسنا سدا لباب التزوير اهـ فصول (قوله وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع الغريب) أي اذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته كما تقدم في كتاب المأذون اهـ (قوله وان أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك) رجل باع أرضا ثم قال اني كنت وقفتها أو قال هي وقف على فان لم يكن له بينة وأراد تحليف المدعى عليه ليس له أن يحلفه لان التحليف مرتب على دعوى صحيحة والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض فان أقام البينة قال أبو جعفر رحمه الله قبلت البينة وينتقض البيع لان أكثر ما فيه أن الدعوى لو لم تصح بقيت الشهادة بلا دعوى الا أن الشهادة على الوقف مقبولة من غير دعوى كالشهادة على عتق الامة وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته قال الفقيه أبو الليث وقال بعض الناس لا تقبل البينة ولكنا لا نأخذ به فقد ذكر أن الشهادة على الوقف صحيحة بدون الدعوى مطلقا وهذا الجواب على الاطلاق غير صحيح وانما الصحيح أن كل وقف هو حق الله تعالى فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى وكل وقف هو حق العباد فالشهادة عليه لا تصح بدون الدعوى اهـ وقف الذخيرة وقال قاضيخان في فتاواه في كتاب الوقف رجل باع أرضا ثم ادعى انه كان وقفها قبل البيع فأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك عند الكل لان التحليف يعتمد صحة الدعوى ودعواه لم تصح لمكان التناقض وان أقام البينة على ما ادعى اختلفوا فيه قال بعضهم لا تقبل بينته لانه مناقض وقال بعضهم تقبل بينته لان التناقض يمنع الدعوى وعلى قول الفقيه أبي جعفر الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف لان الدعوى حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة لا يشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق وعتق الامة الا أنه ان كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى من الغلة شيأ ويصرف جميع الغلة الى الفقراء لان الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر الا في حق الفقراء وقال مولانا رحمه الله وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم بأعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء أو على المسجد على قول أبي يوسف ومحمد تقبل البينة بدون الدعوى وعلى قول أبي حنيفة لا تقبل اهـ قال قاضيخان رحمه الله في فصل الاستحقاق رجل باع دارا أو عقارا ثم ادعى أنه باعها بعد ما وقف اختلف المشايخ فيه والاصح أنه لا تسمع دعواه كما لو ادعى أنه باعه وهو لغيره بخلاف ما لو باع عبدا ثم ادعى أنه حر أو ادعى أنه أعتقه ثم باعه فانه تسمع دعواه اهـ (قوله وهو أصوب وأحوط) تبعه فيه العيني وباكير (قوله وقال في جامع الاصغر اذا بيع متاع انسان الخ) قال الشارح في كتاب المأذون عند قوله ولو يثبت بالسكوت ما نصه بخلاف ما اذا سكت عندما رأى الاجنبي يبيع ماله لانه توكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت اهـ

أقرّ به ولست بمبطل فيما تدّعيه عليه) من الاقرار وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو الاستحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقرّ به الى المقرّ له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل أولى لان احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك اذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدّعى لا تضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه قال رحمه الله (ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا) لان سكونه وعدم ردّه من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا أقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله لما عرف من أصله أنه يصير وقفا بمجرّد قوله وقفت داري قال رحمه الله (وكلها بطلاقها لا يملك عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي قال رحمه الله (وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك) أي ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية قال رحمه الله (ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله ألف مرة لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها لانه يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فأنت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول أوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانه انعزل كلما توكل لاجل اليمين الثانية بتوكيل أيضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دائما وكيلا منعزلا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا قال رحمه الله (قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن دنانير أو عن شيء آخر في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا أو بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره قال رحمه الله (والالا) أي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ادعى رجل على صبي دارا فصالحه أبوه على مال الصبي فان كان للمدعى بينة جاز ان كان بمثل القيمة أو أكثر بما يتغابن فيه وان لم يكن له بينة أو كانت غير عادلة لا) لانه متى كان للمدعى بينة وكان الصلح على مثل القيمة أو أكثر بقدر ما يتغابن فيه الناس كان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعى بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعى فيقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعى بينة أو كانت غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعى شيأ من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن وان كان الاب هو المدعى للصغير ولا بينة له يجوز كيفما كان

لانه

(قوله وكذا لو قال جعلت أرضي الخ) قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في باب الاستحقاق أقر عالم لرجل فصدقه بملكه ظاهرا أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ان لم يسبق بينهما ما يوجب الملك وفي شرح بكر الا أن يسلمه المقر المقرّ به بطيبة من نفسه فيكون هبة مبتدأة وفي المنتقى لك على ألف ولا يعلم المقر له بذلك لم يحل له أخذه الا أن يكون صغيرا فكبر وفي حيل الحلواني بالاقرار كاذبا هل يكون ناقلا للملك فيه اختلاف وفي أدب القاضي ادعى أن ذا اليد أقر أن هذا الشيء له قيل لا تسمع ما لم يدع أنه ملكي وقالت العامة تسمع اعتبارا بالشهادة على اقرار المدعى عليه أنه له وان لم يشهدوا أنه ملكه اه (قوله في المتن يقول رجعت عن الوكالة الخ) وانما يقول رجعت عن الوكالة احترازا عن قول أبي يوسف فان عنده العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط لا يصح وقال محمد يصح العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط والفتوى على قول محمد وقال السرخسي الاصح عندي أن يقول عزلتك عن هذه الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز اه فتاوى قاضيخان

لانه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان محصلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبي شيأ بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل وبأقل قدر ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ منه بالبينة العادلة ووصى الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامه قال رحمه الله (ولو قال لا بينة لى فبرهن أو لا شهادة لى فشهد تقبل) ومعنى الاول أن يقول المدعى ليس لى بينة على دعواى هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تقبل لانه أكذب بينته ومعنى الثانى أن يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندى في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه يقول نسيت وكذا اذا قال المدعى ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روى ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها أو لا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا أعلم لى حقا على فلان ثم أقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لى عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفى الحجة في هذا كنفى الشهادة لا كنفى الحق حتى اذا قال لا حجة لى على فلان ثم أتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لى أو قال ذلك لعبد ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت به حقا لاحد قال رحمه الله (للامام الذى ولاه الخليفة أن يقطع انسانا من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة) لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا بأحد ألا ترى أنه اذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله قال رحمه الله (من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح) أى جاز البيع لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر أنه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمدين اذا حبس بالدين فباع ماله ليقضى بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير قال رحمه الله (خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضى شرط في تمليك الاموال والرضا ينتفى بمثله فلا يصح قال رحمه الله (وان أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال) لان طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به اذ الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه قال رحمه الله (ولو أحالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان أسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه قال رحمه الله (اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحائط منه لم يضمن) لانه تصرف في خالص حقه ولان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن قال رحمه الله (عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها) لان الملك لها وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل اليها فتكون كأنها هى التى عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع عليها لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله (ولنفسه بلا اذنها فله) أى اذا عمره لنفسه من غير اذن المرأة كانت العمارة له لان الالة التى بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله (ولها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع) أى اذا عمره لها بغير اذنها كان

(قوله في المتن وان أكرهها الخ) أقول ان كان الفرض أن الزوج هو الذى أكرهها على قبول الخلع فكيف يعلل بأن طلاق المكره واقع ولا يصح هذا التعليل الا اذا قرئ اذا أكرها على الخلع أى الزوج والمرأة أى أكرههما انسان اه (قوله ولا يلزم المال به) أى بالاكراه اه (قوله في المتن ولو أحالت انسانا) أى أحالت بمهرها أما اذا أطلقت الحوالة ثم وهبت المهر صح اذ لا منافاة اه (قوله وان كان أسوة الغرماء) أى اذا لم يقبض المحتال المحال به حتى مات المحيل فالمحتال أسوة الغرماء في الدين المحتال به وقال زفر يختص به المحتال وقد تقدم اه

البناء لها وهو متطوّع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه فكان متبرعا قال رحمه الله (ولو أخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن) أي لا يضمن النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فأبق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكدلالة السارق على مال الغير فان الدال لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكمن أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا قال رحمه الله (في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الي هذا المال والا أقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن) أي لم يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط قال رحمه الله (وضع منجلا في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة أو المتردية المذكورة في الآية وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقا حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه قال رحمه الله (كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الاوزاعي عن واصل بن أبي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال أبو حنيفة رضي الله عنه الدم حرام وأكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الآية فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وروى أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الآية فقال شيخ عنده سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول ذكر القنفذ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث فقال ابن عمر رضي الله عنهما ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قاله ذكره القدوري قال رحمه الله (للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاص ذلك فيكون تضييعا الا أن الملتقط اذا أنشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغي أن يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض أولى قال رحمه الله (صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولا يقطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان) لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كانت توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل مصر أو قرية على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك قال رحمه الله (ووقته سبع سنين) أي وقت الختان سبع سنين وقيل

(قوله فكان الضمان على المكره أو على الآخذ) أي فيما اذا أكرهه على أن يدفعه لانسان اهـ (قوله لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه) قال العيني لان الشرط أن يجرحه انسان أو يذبحه ولم يوجد اهـ (قوله وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقا) قال في الخلاصة في أواخر كتاب الذبائح وفي الاصل التسمية عند الذبح شرط وفي الاصطياد عند الارسال والرمي واذا نصب الحديدة لاخذ الظبي تشترط التسمية عند وضع وذكر صاحب المحيط وضع منجلا ليصيد حمار الوحش ثم وجد حمار الوحش مجروحا به ميتا لا يحل قال الشيخ رحمه الله وهذا الجواب انما يحمل على ما اذا قعد عن الطلب لان في الرواية الاخرى اعتبر التسمية عند النصب اهـ ما قاله في الخلاصة قلت ومسئلة المتن هي مسئلة المحيط الا أن عبارة المتن صريحة في غيبة الصائد لقوله فجاء في اليوم الثاني وعبارة المحيط محتملة ولما كانت المسئلة التي ذكرها صاحب الخلاصة أولا بقوله واذا نصب الحديدة الخ مناقضة لمسئلة المحيط حمل مسئلة المحيط على ما اذا قعد عن الطلب يعني بأن غاب كما في الكنز ولا يخفى دفع التناقض بهذا الحمل وهو حمل حسن وعلى هذا ففي مسئلة الكنز لو لم يغب الصائد عن الموضع الذي وضع به المنجل للحمار حل أكله اذا كان سمى عند وضع المنجل كما هو صريح المسئلة الاولى التي ذكرها في الخلاصة لكن تعليل الشارح رحمه الله بقوله لان الشرط الخ يقتضي عدم الحل مطلقا أعني قعد الصائد عن الطلب بأن غاب أو لم يقعد وقول الشارح بعد هذا حتى لو وجده ميتا من ساعته الخ صريح في عدم الحل مع انه لم يقعد عن الطلب واقتضى كلام الشارح عدم اعتبار الرواية الاخرى التي اعتبر التسمية فيها عند النصب التي ذكرها في الخلاصة لا يخفى (قوله بخلاف الاب والوصي الخ) قال قاضيخان لا يجوز للوصي اقراض مال اليتيم فان أقرض كان ضامنا والقاضي يملك الاقراض واختلف المشايخ في الاب لاختلاف الروايتين عن أبي حنيفة والصحيح أن الاب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي اهـ

لا يختتن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق ألم الختان ختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال أبو حنيفة رحمه الله لا علم لى بوقته ولم يرو عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فيه شئ وانما المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال لانه ألذ فى الجماع وقيل سنة والاصل أن ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود عليه وفى الختان اقامة السنة وتعود اليه أيضا مصلحته لانه جاء فى الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كى الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب أذن البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك فى زمنه عليه الصلاة والسلام الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغى لها أن تحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا بأس به ما لم تقرب الولادة فاذا قربت فلا تحتجم لانه يضره وأما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها لانه لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فائدة قال رحمه الله (والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمى جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا أنصاريا كان لا يسبق شدا فسبقه سلمة بن الاكوع وقال الزهرى كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب والارجل ولان الغزاة يحتاجون الى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعليم للكر والفر مباح قال رحمه الله (وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين) لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول ان سبق فرسك فلك على كذا وان سبق فرسى فلى عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من القمر الذى يزداد تارة وينقص أخرى وسمى القمار قمارا لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله الى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والانتقاص فى كل واحد منهما فصار قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بأن يقول ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ لى عليك لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وانما فى أحدهما يمكن الزيادة وفى الاخر النقصان فقط فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة منه فتقتضى أن تكون من الجانبين واذا لم يكن فى معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس أن لا يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى الكتاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين وفى الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به والمراد به الاستباق بالجعل لان الاستباق بلا جعل يجوز فى كل شئ ولم يكن الحق ما شرط فيه الجعل به لانه ليس فى معناه لان المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفى الاخر من وجه واحد وهو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثله حتى يقاس عليه وشرطه أن تكون الغاية مما يحتملها الفرس وكذا شرطه أن يكون فى كل واحد من الفرسين احتمال السبق أما اذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لانه انما جاز للحاجة الى الرياضة على خلاف القياس وليس فى هذا الا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز ولو شرط الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرس المحلل كفأ لفرسيهما يجوز أن يسبق

(قوله لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر) قال العينى فى شرحه قلت وتجوز أيضا بالحمير والبغال لان الحافر يشملهما اه قلت يؤيده قوله فى المجمع والمختار وتجوز المسابقة على الاقدام والخيل والبغال والحمير والابل والرمى قال فى الاختيار والاصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى وبالحافر الفرس والبغل والحمار اه فهذا كما ترى صريح فى جواز المسابقة على البغال والحمير لكن صرح الزيلعى فى الصفحة الآتية بأن المسابقة لا تجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى المتن كالبغل وان كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين والعجب من العينى سامحه الله تعالى أنه صرح بجواز المسابقة على الحمير والبغال ثم بعد أربعة أسطر ذكر ما قاله الزيلعى من عدم جواز المسابقة فيما عدا الاربعة المذكورة والله الموفق اه وكتب على قوله لا سبق السبق بفتح الباء ما يجعل من المال رهنا على المسابقة وبالسكون مصدر سبقت أسبق المعنى لا يحل أخذ المال بالمسابقة الا فى هذه الثلاثة وهى الابل والخيل والسهام وقد ألحق بها الفقهاء ما كان بمعناها قال الخطابى الرواية الصحيحة بفتح الباء اه ابن الاثير (قوله وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا الخ) هذا دليل على جواز المسابقة على الاقدام اه (قوله سبق بالخيل) سبق بالتشديد التزم السبق وهو ما يتراهن عليه اه من خط الشارح (قوله وفى الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به) فيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام أو حافر يدخل فيه البغل والحمار فلا وجه لما ذكر من التخصيص هذا ما ظهر لى حال المطالعة والله الموفق

أو يسبق وان كان يسبق أو يسبق لامحالة فلا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس به ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل أن يقول الثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن الشرط الذى شرطاه بينهما وهو أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله فان غلبهما أخذ المالين وان غلباه فلا شئ لهما عليه و يأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا و يقينا وانما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا فصار كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذى يستوى فيه الجانبان فى احتمال الغرامة على ما بيناه ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين من سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله فصار أنواع السبق أربعة ثلاثة منها جائزة وواحد منها لا يجوز وقد ذكرنا الجميع و يعرف ذلك بالتأمل وعلى هذا الفقهاء اذا تنازعوا فى المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز ذلك اذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا فى الخيل لان المعنى يجمع الكل اذ التعليم فى البابين يرجع الى تقوية الدين و إعلاء كلمة الله والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به قال رحمه الله (ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع) لان فى الصلاة من التعظيم ما ليس فى غيرها من الدعوات وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز الا تبعا بأن يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى الترحم على النبى صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو مرحوم قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد الى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضى الله عنهم لانهم كانوا يبالغون فى طلب الرضا من الله تعالى و يجتهدون فى فعل ما يرضيه و يرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم وقلة اهتمامهم بالامور الدينية قال رحمه الله (والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز) أى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير رحمه الله لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى لبعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا أهدى يوم النيروز الى مسلم آخر ولم يرد به التعظيم لذلك اليوم ولكن ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغى له أن لا يفعل ذلك فى ذلك اليوم خاصة و يفعله قبله أو بعده كى لا يكون تشبها أولئك القوم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال فى الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيأ لم يكن يشتريه قبل ذلك ان أراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر قال رحمه الله (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره فى الذخيرة قال رحمه الله (وندب لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر) لان محمدا رحمه الله ذكر فى السير الكبير فى باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب وان من أراد أن يجدد اللف لعمامته ينبغى له أن ينقضها كورا

(قوله ثلاثة منها جائزة) وهى اشتراط الجعل من جانب واحد أو من جانبين و بينهما محلل أو كان الجعل من أجنبى لايهما سبق اه (قوله وواحد منها لا يجوز) وذلك اذا شرطا الجعل من الجانبين بلا اشتراط محلل اه

كورا فان ذلك أحسن من رفعها عن الرأس والقائها فى الارض دفعة واحدة وان المستحب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلفوا فى مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة فبقيت تنظر الى وجهه وهى متحيرة فقال لها ماشأنك فقالت أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها من رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال إياكم والحمرة فانها زى الشيطان ويستحب للرجل أن يلبس أحسن الثياب وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يوصى أصحابه بذلك ويلبس رداء بأربعمائة دينار وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده وقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى اذا أنعم على عبد أحب أن يرى آثار نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم قال رحمه الله (وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل) لانه أفضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم فى الصلاة وهى أحد أركان الاسلام وهى تالية الايمان وقال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة قال رحمه الله (ولحافظ القرآن أن يختم فى كل أربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها وذلك يحصل بالتأنى لا بالتوانى فى المعانى فقدر الختم أقله بأربعين يوما كل يوم حزب ونصف أو ثلثى حزب أو أقل والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب الفرائض﴾

وهى جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها ثم اعلم أن هذا العلم من أشرف العلوم وقد جاءت النصوص به وبالحث على تعليمه وتعلمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شئ ينزع من أمتى وقال عليه الصلاة والسلام تعلموا الفرائض وعلموه الناس فانى امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك أن يختلف اثنان فى الفريضة والمسئلة فلا يجدان أحدا يخبرهما فجعله عليه الصلاة والسلام نصف العلم مع صغر حجمه وقلة مسائله فلولا أنه من أشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالمحسوسات فان الشئ القليل من الجواهر وغيرها ربما يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل أشرف منه ومعنى التنصيف إما باعتبار أحوال الحياة والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحياة أو باعتبار أسباب الملك فانها جبرية أو اختيارية فالاول الميراث والثانى غيره من أسباب الملك قال رحمه الله (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه) والمراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حياته والحاصل أنه معتبر بحال حياته فان المرء يقدم نفسه فى حياته فيما يحتاج اليه

(قوله وكان أبو حنيفة يوصى أصحابه الخ) قيل لابى حنيفة أليس عمر كان يلبس قميصا عليه كذا كذا رقعة قال ذاك لحكمة وهو أنه أمير المؤمنين فلو لبس ثيابا نفيسة أو اتخذ لنفسه ألوانا من الطعام لاقتدى به عماله فى ذلك وربما لا يكون لهم ذلك فيأخذون ظلما فاختار ذلك لهذه المصلحة اه

﴿كتاب الفرائض﴾

(قوله فانه نصف العلم) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وعلموه) كذا هو بخط الشارح اه (قوله فى المتن يبدأ بتركة الميت) كذا بخط الشارح اه

من النفقة والسكنى والكسوة على أصحاب الديون مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حياته من أوسط ثيابه أو من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي قال رحمه الله (ثم دينه) لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين قال علي كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب أولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها الا اذا أوصى بها أو تبرعوا بها هم من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب يحققه أن الدنيا دار التكليف والاخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست بجبرية فلا يتصور بقاء الواجب لان الاخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة جبر به حتى يجتزأ بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الاجزاء الفعل أو تركه ضرورة بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته ألا ترى أن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه أخذه ويجتزأ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير أن الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في آخر عمره يضعها فيما فرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا قال رحمه الله (ثم وصيته) أي ثم تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي أكثر من الثلث لا تجوز الا باجازة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شيء سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم في الحقيقة بخلاف التجهيز والدين فان الورثة والموصى له لا يأخذون الا ما فضل منهما قال رحمه الله (ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدر) لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر وفي رواية فلأولى رجل ذكر وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى ثلاث عشرة كاملة وكقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه قال رحمه الله (فللاب السدس مع الولد أو ولد الابن) لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال تعالى يا بني آدم وكذلك عرفا قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاجانب

وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز أو عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع وجميع أحوال الاب في الفرائض ثلاث احداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض لما تلونا والتعصيب لما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فذكر فرض الام وجعل الباقي له دليل على أنه عصبة قال رحمه الله (والجد كالاب ان لم يتخلل في نسبته الى الميت أم الا في ردها الى ثلث ما بقي وحجب أم الاب فيحجب الاخوة) أي الجد كالاب ان لم يدخل في نسبته الى الميت أنثى وهو الجد الصحيح الا في مسئلتين احداهما في رد أم الميت من ثلث الجميع الى ثلث ما بقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان الاب يردها اليه لا الجد وفي حجب أم الاب فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل في نسبته الى الميت أنثى كان فاسدا ...

(قوله في المتن ثم دينه) من جميع ما بقي من ماله ان وفت التركة به فيهما وان لم توف يؤخر ما ثبت في المرض باقراره عن سائر الديون وباقي الديون سواء يأخذ كل ذي حق حقه بقدر حقه اجمعت الامة على تقديم الدين على الوصية وان تقدمت في الآية لان تقديمها والله أعلم ليهتم بتنفيذها حيث تهاون الناس فيه اه مسكين (قوله الاباعد) الذي بخط الشارح الاجانب اه

يقطع النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو المذكور دون الاناث وقوله كالاب يعني عند عدم الاب لان الجد يسمى أبا قال الله تعالى حاكيا عن يوسف عليه الصلاة والسلام واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحق ويعقوب وكان اسحق جده وابراهيم جد أبيه وقال تعالى يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة وهو آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام فاذا كان أبا دخل في النص إما بطريق عموم المجاز أو بالاجماع على نحو ما ذكرنا في الولد فكان له الاحوال الثلاث التي ذكرناها في الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه وقوله فيحجب الاخوة أي الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قائم مقامه وهذا على الاطلاق فقول أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وللام الثلث) وثلث عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما نبين قال رحمه الله (ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات لا (١)) أي مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وانما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد في المتلو أولا يتناول الولد وولد الابن على ما بيناه وكذلك الذكر والانثى ولفظ الجمع في الاخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث الى السدس من أي جهة كانا أو من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية فان الاخوة جمع وأقله ثلاثة وللجمهور أن الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأعاد ضمير الجمع في تسوروا ودخلوا وفي منهم وقالوا على اثنين وهما الملكان اللذان دخلا عليه في صورة متحاكمين ألا ترى الى قوله تعالى خصمان ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب قال رحمه الله (ومع الاب وأحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى وابن عباس رضي الله عنهما لا يرى ثلث الباقي بل يورثها ثلث الكل والباقي للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضي الله عنهم ووجهه أن الله تعالى نص على فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس وكذا قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها والام صاحبة فرض والاب عصبة في هذه الحالة على ما بينا والجواب عنه أن الله تعالى جعل للام ثلث ما ترثه هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث أي ثلث ما ورثاه والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه ولانها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أو قريبا من نصيبه مع الزوجة ولنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف اذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود رضي الله عنه في الرد عليه ما أراني الله تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد رضي الله عنه لا أفضل الانثى على الذكر ومرادهما عند الاستواء في القرابة والقرب وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه وعند أبي يوسف رحمه الله لها ثلث الباقي أيضا مع الجد وهو مروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فانهما ما كانا يفضلان الام على الجد قال رحمه الله (وللجدات وان كثرن السدس ان لم يدخل جد فاسد في نسبتها الى الميت) وكن متحاذيات في الدرجة والكلام في الجدات في مواضع في ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولابيه وأمه كذلك وهكذا الكل واحد من الاصول الى أن ينتهي الى آدم

(١) هكذا في بعض نسخ المتن وفي بعضها السدس بدل لفظ لا وفي بعضها بعد قوله والاخوات لا أولادهم السدس اهـ كتبه مصححه

وحواء عليهما الصلاة والسلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها الى الميت ذكر بين أنثيين والفاسدة من يتخلل في نسبتها ذلك اذ كل أب يدلي الى الميت بأنثى جد فاسد فمن يدلي به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى وعند سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا وإذا أردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظة أم أم بعدد العدد الذي تريده ثم تقول ثانيا أم أم وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم في كل مرة تبدل مكان الام أبا على الولاء الى أن تبقى لفظة أم مرة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقل أم أم أم أم بقدر عددهن لاثبات الدرجة التي يتصور أن يجتمعن فيها فانهن لا يتصور أن يجتمعن فيها الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا في الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة الام ولا يتصور من جهتها أكثر من واحدة ثم تأتي بواحدة أخرى من جهة الاب في درجتها فتقول أم أم أم الاب ثم تأتي بأخرى من جهة الجد فتقول أم أم أبي الاب ثم تأتي بأخرى من جهة جد الاب فتقول أم أبي أبي الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات في هذه الدرجة أكثر من ذلك لان كل جد صحيح أمه وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا يتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب الا واحدة فتحتاج أن تأتي من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهي التي من جهة الام فانها لا تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا حذفت في النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والثالثة تدلي بالجد فلهذا أسقطت أمين وأبدلت مكانهما أبوين والرابعة تدلي بجد الاب فلهذا أسقطت ثلاث أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذا طريقه في أكثر منهن الى ما لا يتناهى هذا لمعرفة الصحيحات في هذه الدرجة وإذا أردت أن تعرف ما بازاء الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هي الفاسدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فاذا أضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع في هذه الدرجة فاذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه لما روى عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا اجتمعتا بالسدس بالسوية وأبو بكر الصديق رضي الله عنه شرك بين الجدتين في السدس وسنذكر ما يسقطن به قال رحمه الله (وذات جهتين كذات جهة) أي اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند أبي يوسف وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات جهة واحدة لان اختلاف جهة القرابة كاختلاف الاشخاص في حكم الميراث ألا ترى أن ابني العم اذا كان أحدهما أخا من أم يجعل الاخ كشخصين حتى يأخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس بينهما بالعصوبة وكذا اذا كان أحدهما زوجا أخذ بالجهتين وكذا اذا اجتمع في المجوسي قرابتان ورث بهما ولابي يوسف رحمه الله أن توريث الجدات بمعنى واحد فلا يتعدد السبب بتعدد الجهة كالاخت لاب وأم فانها لا ترث باعتبار القرابتين لاتحاد الجهتين وهي قرابة الاخوة حتى لا تأخذ النصف بجهة الاب والسدس بجهة الام بل تأخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر من النظير لان جهة الارث هناك مختلفة ومثال ما تكون الواحدة ذات قرابتين أن تكون أم أم الام وهي أيضا أم أبي الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كام أم الاب بهذه الصورة

		ميت
اُمّ		أب
اُمّ	اب	اُمّ
اُمّ		اُمّ

قال رحمه الله (والبعدى تحجب بالقربى) سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد وفي رواية ...

مسعود رضى الله عنه لا تحجب الجدات الا الام وفى رواية عنه وعن زيد بن ثابت رضى الله عنهما أن القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن ولادة الابوين فوجب أن يعطى كل واحدة منهن حكم من تدلى به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام فكذا أمه والام تحجب كل جدة هى أبعد منها فكذا أمها ولنا أن الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب أن يقدم الادنى على الابعد كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم يثبت للواسطة يثبت لمن يدلى به ألا ترى أن أم الاب لا يزيد ارثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك قال رحمه الله (والكل بالام) أى تحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه أن الجدات انما يرثن بطريق الولاد والام أبلغ حالا منهن فى ذلك فلا يرثن معها ولان الام أصل فى قرابة الجدة التى من قبلها الى الميت وتدلى بها فلا ترث مع وجودها لما عرف فى باب الحجب فاذا حجبت الجدة التى من قبلها كانت أولى أن تحجب التى من قبل الاب لانها أضعف حالا منها ولهذا تؤخر فى الحضانة فتحجب بها وكذا الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روى ذلك عن عثمان وعلى والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء وروى عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى موسى الاشعرى وأبى الطفيل عامر بن واثلة رضى الله عنهم أنهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين وغيرهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام ورث جدة وابنها حى ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجبها الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذى هو ابنها قلنا ان أم الاب تدلى بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع وجود الابن ولا حجة لهم فى الحديث لانه حكاية حال فيحتمل أن ذلك الابن كان عم الميت لا أبا ولا نسلم أنها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيرها ألا ترى أن بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن بالابن وكذا الجد يحجب الابويات لما ذكرنا الا أم الاب فانه لا يحجبها وان علت لانها ليست من قبله وكذا كل جد لا يحجب الجدة التى ليست من قبله فصار للجدات حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله (وللزوج النصف ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الربع) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركت امرأته لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص أو بالاجماع على ما بينا من قبل فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان النصف والربع قال رحمه الله (وللزوجة نصفه) أى للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن أكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين أحدهما لئلا يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو أعطى كل واحدة منهن ربعا يأخذن الكل اذا ترك أربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والوجه الثانى أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضى مقابلة الفرد بالفرد فيكون لواحدة الربع أو الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية كما اذا ماتت امرأة وادعى رجلان أو أكثر نكاحها وأقام كل واحد منهما البينة ولم تكن فى بيت واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم الاولوية فكذا هنا فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد قال رحمه الله (وللبنت النصف) لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف قال رحمه الله (وللاكثر الثلثان) وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه جعل حكم البنتين منهن حكم

الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ماترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع وصرح بقوله فوق اثنتين وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى فلهن ثلثا ماترك والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد وللجمهور ماروى عن جابر أنه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يارسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيدا وان عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال يقضى الله فى ذلك فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال أعط ابنتى سعد الثلثين وأمهما الثمن ومابقى فهو لك وماتلا لاينافى استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه على ماعرف فى موضعه فعرفنا أن حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به التثنية لاسيما فى المواريث على مابينا من قبل فيكون المثنى مرادا بالآية وهو الظاهر ألا ترى أن الواقعة كانت للبنتين فأعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلثين بحكم الآية ولفظة فوق فى الآية صلة كما فى قوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق أى اضربوا الاعناق وحمله على هذا أولى مما ذهب اليه ابن عباس رضى الله عنهما لحصول التوفيق به بين السنة والآية ولانه تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين وأدنى الاختلاط أن يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو مثل حظ الانثيين فعلم أن للبنتين الثلثين عند الانفراد والامام يصير هذا وهو الثلثان مثل حظ الانثيين أبدا ولان الله تعالى بين نصيب الواحدة ونصيب الجمع ولم يبين نصيب المثنى على ماقال فلابد من إلحاق المثنى بأحدهما فالحاقهما بالجمع أولى لاشتراكهما فى معنى الضم ولان المثنى له حكم الجمع فى الميراث ألا ترى أن الله تعالى لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى كحكم الجمع فى الاخوات لاب وأم أولاب أولام فى استحقاق الثلثين أو الثلث وقوله ان البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لايدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد ألا ترى ان الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلاثة أخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة تأخذ الثلث مع الابن والنصف عند الانفراد قال رحمه الله (وعصبها الابن وله مثلا حظها) معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الانثيين لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فصار للبنات ثلاثة أحوال النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال رحمه الله (وولد الابن كولده عند عدمه) أى عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله (ويحجب بالابن) أى ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وإناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن وان كن لايدلين به بأن كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده لان ماثبت لاحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة قال رحمه الله (ومع البنت لاقرب الذكور الباقى) أى اذا كان مع بنت الميت لصلبه أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وان سفل أو المجموع كان الباقى بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم تكن فى درجته بنت ابن وأما اذا كانت فى درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقى من فرض البنت له وحده قال رحمه الله (وللاناث السدس تكملة للثلثين) أى لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس ومراده اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن وأما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود رضى الله عنه فى بنت وبنت ابن

(قوله وماتلا) أى ابن عباس اهـ

وأخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين
والباقي للاخت وقوله تكملة للثلثين دليل على انهن يدخلن في لفظ ا. ولادلان الله تعالى جعل للاولاد
الاناث ثلثين فاذا أخذت الصلبية النصف بقي منه سدس فيعطى لهن تكملة لذلك ولولا أنهن دخلن في
الاولاد وفرضهن واحد لما صار تكملة له الا أن الصلبية أقرب الى الميت فتتقدم عليهن بالنصف ودخولهن
على أنه عموم المجاز أو بالاجماع قال رحمه الله (وحجبن ببنتين) أى تحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين
لان اونهن كان تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فسقطن اذلا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا قال رحمه
الله (الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات
سهم وتسقط من دونه) أراد بقوله معهن أن يكون الغلام في درجتهن سواء كان أخالهن أو لم يكن
وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء رضي الله عنهم وروى عن ابن
مسعود رضي الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمهن وان
كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين من السدس والمقاسمة
فأيهما كان أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضي الله عنه وجهه في
ذلك أن بنات الابن بنات وميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة
ظاهرة وليس لهن أن يجمعن بينهما فاذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز
واذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس فيأخذنه ان كن منفردات
وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا
يأخذ البنات أكثر من الثلثين ولانهن لاميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع
لان من لم تكن وارثة عند الانفراد من الاناث فلا يعصبها أخوها عند الاجتماع كالعم مع العمة وابن
الاخ مع أخته وللجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأولاد الابن أولاد
على ما بينا من قبل فتنتظمهم الآية وقضية هذا أن يكون المال مقسوما بين الكل الا أنا عملنا في حق
أولاد الابن بأول الآية وفي حق الصلبيتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة
والمجاز ولا شبهته وانما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى أن البنات الصلبيات ذوات
فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض اذا أخذ فرضه خرج من البين
كأنه لم يكن فصار الباقي من الفرض بجميع المال في حق العصبة فيشاركنه ولا يخرجن من العصوبة
كما لو انفردوا ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين وأحد الزوجين كان كذلك
فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنت الاخ مع أخيها لانهما لا يصيرن عصبة معهما مطلقا
سواء كان معهما صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل
يقبلها وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى أنهن يأخذنه بالمقاسمة عند كثرتهن
بأن ترك أربعين بنتا وابنا ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات لصلب أن أقربهن الى الميت ينزل
منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث
بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن
ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة

ميت

ابن	بنت	ابن		ابن	
ابن	بنت	ابن	بنت	ابن	
ابن	بنت	ابن	بنت	ابن	بنت
		ابن	بنت	ابن	بنت
				ابن	بنت

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون لها
النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من
الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة الثلثين
ولا شيء للسفليات الا أن يكون مع واحدة منهن غلام
فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ان لم تكن صاحبة

فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ماذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والبواقى منازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقى كما ذكرنا فى الاولاد فصار لبنات الابن أحوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والمقاسمة مع ابن الابن والسدس مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام وهذا النوع من المسائل يسمى فى عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن اذا كن مع اختلاف الدرجات وهو اما مشتق من قولهم شبب فلان بفلانة اذا أكثر ذكرها فى شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النساء أو من شب النار اذا أوقدها لان فيه تذكية للخواطر أو من شب الفرس يشب و يشب شبابا اذا رفع يديه جميعا وأشببته أنا اذا هيجته لذلك لانه خروج وارتفاع من درجة الى أخرى كحال الفرس فى نزواته أى وثباته فصار لبنات الابن أحوال ست الثلاث المذكورة فى البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام قال رحمه الله (والاخوات لاب وأم كبنات الصلب عند عدمهن) أى عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله (ولاب كبنات الابن مع الصلبيات) أى الاخوات لاب مع الاخوات لاب وأم كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وام وللثنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت الواحدة لاب وأم السدس تكملة الثلثين ويسقطن بالاختين لاب وأم الا أن يكون معهن أخ لاب فيعصبهن لما تلونا وبينا ويأتى فيهن خلاف ابن مسعود رضى الله عنه فى مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب وأم أو أخت واحدة لهما أى للابوين على نحو ما بيناه فى بنات الابن مع البنات وضراره لهن مع البنت الواحدة اذ الكلام فى الاخوات كالكلام فى البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد فى البنات فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث فى البنات اذ طريق البحث فيهما واحد قال رحمه الله (وعصبهن اخوتهن والبنت وبنت الابن) أى عصب الاخوات لاب وأم أو لاب اخوتهن والبنت وبنت الابن أما تعصيب الاخوة لهن فظاهر لما تلونا وأما تعصيب البنت لهن وبنت الابن فلقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضى الله عنه فى اليمن بنتا وأختا فجعل لكل واحدة منهما النصف ورسول الله صلى الله عليه وسلم حى يومئذ وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى ابنة وابنة ابن وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقى للاخت وجعل المصنف رحمه الله البنت ممن يعصب الاخوات وهو مجاز وفى الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة معها لا بها والبنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه أسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية عنه فى الاخوة والاخوات مع البنت فى رواية عنه الباقى كله للاخوة وفى رواية أخرى عنه الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت أخت لاب وأم وأخ وأخت لاب فى رواية الباقى للاخ وحده وفى رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين هو احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك فارثها مشروط بعدم الولد واسم

(قوله فيعصبهن لما تلونا وبينا) ويسقطن أيضا بالاخ لابوين لقوله عليه الصلاة والسلام ان أعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات اه

الولد يشمل الذكر والانثى ألا ترى أن الله تعالى حجب الزوج من النصف الى الربع والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى فيه الذكر والانثى وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما تلا انما كان لارثها النصف أو الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول انها لا ترث مع البنت فرضا وانما ترث على أنها عصبة ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعنى أخاها يرثها ان لم يكن لها ولد ذكر لان الامة أجمعت على أن الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد أو نقول اشتراط عدم الولد انما كان لارث الاخ جميع مالها وذلك يمتنع بالولد وان كان أنثى قال رحمه الله (وللواحد من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم واناثهم سواء) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث المراد به أولاد الام لان أولاد الاب والام أو الاب مذكورون فى آية النصف على ما ذكرنا من قبل ولهذا اقرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام واطلاق الشركة يقتضى المساواة كما اذا قال شريكى فلان فى هذا المال أو قال له شركة فيه وسكت عن ذلك قضى للمقر له بالنصف ولان الله تعالى لما سوى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع قال رحمه الله (ويحجب بالابن وابنه وان سفل وبالاب والجد) أى الاخوات كلهن يحجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف فى الكلالة هل هى صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأيا ما كان يشترط لتسميته عدم الولد والوالد للميت فيسقطون بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس ولفظة كل لاحاطتها بما تدخل عليه وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الاخوة والاخوات وقيل أصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه أى تركه وبعد عنه وغير قرابة الولاد بعيد بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة • عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

يريد ورثتم مجدكم عن أصولكم لا عن الفروع كالاعمام والاخوة وولد الابن ولد على ما بينا من قبل فلا تكون كلالة معه قال رحمه الله (والبنت تحجب ولد الام فقط) أى بنت الميت تحجب الاخوة والاخوات من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة من الابوين أو من الاب لما أن شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد فان قيل وجب أن لا ترث الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب مع البنت أو بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة قلنا الكلالة شرطت فى حقهم لارث النصف أو الثلثين أو لارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها لا مطلق الارث فيستحقون الارث بالعصوبة مع البنت بنص آخر على ما بينا بخلاف ارث أولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفى بعدمها فصار للاخوات لاب وأم خمس أحوال النصف للواحدة والثلثان لا كثر منها والتعصيب بأخيهن ومع البنات والسقوط مع الابن وللاخوات للاب سبع أحوال ذى الخمسة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط بالاثنتين من الاخوات من الابوين كما تقدم وصار لاولاد الام ثلاثة أحوال السدس للواحد والثلث لا كثر منه والسقوط بما ذكرنا قال رحمه الله (وعصبة) وهو معطوف على قوله ذو فرض فى أول الكتاب بعد ذكر الدين والوصية فى قوله ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا قال رحمه الله (أى من أخذ الكل ان انفردوا الباقى مع ذى سهم) هذا تفسير العصبة أى العصبة من يأخذ جميع المال عند انفراده وما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر وهذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا للحكم والمقصود معرفة

(قوله ولهذا اقرأها بعضهم) أبى بن كعب وسعد بن أبى وقاص اه (قوله قضى للمقر له بالنصف) قال فى المجمع فى كتاب الاقرار أو بشركة فى عبد يجعل له النصف وأمره بالبيان اه (قوله لان ميراثهم مشروط بالكلالة) بقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة وبقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اه (قوله وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها) الذى قرأ بكسر الراء الحسن البصرى وأبو رجاء العطاردى فمن قرأ بالكسر جعل الكلالة الورثة ومن قرأ بالفتح جعل الكلالة الميت اه

العصبة حتى يعطى ماذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته فنقول العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية ثلاثة أنواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى وهم أربعة أصناف جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده وعصبة بغيره وهو كل أنثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة باخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل أنثى تصير عصبة مع أنثى غيرها كالبنات مع الاخوات والسببية مولى العتاقة والانثى ليست بعصبة حقيقة لان العصبة انما سمى عصبة لقوته ولحصول التناصر به ولا يحصل التناصر بالانثى وانما صرن عصبة تبعاً أو حكماً فى حق الارث فقط قال رحمه الله (والاحق الابن ثم ابنه وان سفل) أى أولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى أن قال سبحانه وتعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهماً مقدراً فتعين الباقى له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضاً ومن حيث المعقول أن الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك أن لا يجاوز بكسبه محل اختياره إلا أنا صرفنا مقدار الفرض لاصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى أن يقدم البنت أيضاً عليه وعلى كل عصبة الا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل قال رحمه الله (ثم الاب ثم أب الاب وان علا) أى ثم أولاهم بالعصوبة أصول الميت وان علوا وأولاهم بها الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لا ولد له ولا والد على ما بيناه فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه إجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم أقرب الناس اليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك مع من هو أبعد منهم كاعمامه وأعمام أبيه والجد أب ألا ترى أنه يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول أبى بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبى موسى الاشعرى وأبى الدرداء وأبى الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة أخر منهم رضى الله عنهم أجمعين وبه أخذ أبو حنيفة رضى الله عنه قال رحمه الله (ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك أنهم مقدمون على الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا أقرب من الاعمام لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وأم لانه أقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فترجح بذلك عند الاستواء فى الدرجة وقد قال عليه الصلاة والسلام ان أعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وكذا الاخت لاب وأم تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم فى الفرض فكذا فى العصوبة قال رحمه الله (ثم الاعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد على الترتيب) أى أولاهم بالميراث بعد الاخوة أعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر ثم أعمام الاب لكونهم أقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم أعمام الجد لانهم أقرب بعدهم وقوله على الترتيب أى على الترتيب الذى ذكرنا فى الاخوة وهو أن يقدم العم لاب وأم على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل فى أعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله (ثم المعتق) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام للذى أعتق عبده هو أخوك ومولاك ان شكرك فخير له وشر لك وان كفرك فشر له وخير لك وان مات ولم يدع وارثاً كنت أنت عصبته والمراد بالوارث وارث هو عصبة بدليل أن ابنة حمزة أعتقت عبد الهافات وترك بنتاً فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لابنة حمزة وهى المعتقة قال رحمه الله

(قوله الولد مبخلة) هو مفعلة من البخل ومظنة له أى يحمل أبويه على البخل ويدعوهما اليه فيبخلان بالمال لاجله قاله ابن الاثير رحمه الله (قوله مجبنة) لانه يحب البقاء والمال لاجله اه مجمع البحرين

(ثم عصبته على الترتيب) أى عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذى ذكرنا فعصبته مولاه الذى أعتقه فان لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذى ذكرناه بأن يكون بجزء المولى أولى وان سفل ثم أصوله ثم بجزء أبيه ثم بجزء جده ثم يتقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله (واللاتى فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن) وهن أربع من النساء البنات وبنات الابن والاخوات لاب وأم والاخوات لاب وهؤلاء يصرن عصبة باخوتهن وقد بيناه فى بيان ميراثهن وقوله باخوتهن هذا فى البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليه وأما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضا وان سفل كما ذكرنا فى مسائل التشبيب فيكون معناه فى حقهن باخوتهن أو بمن له حكم اخوتهن والمصنف رحمه الله ذكر العصبات هنا واستوفاه الا العصبة مع غيره وهى الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لانه ذكرهن فيما تقدم وقد شرحناه هنالك فلا نعيده وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان أنفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعا قال رحمه الله (ومن يدلى بغيره يحجب به) أى بذلك الغير سوى ولد الام فانه يدلى بالام ولا تحجبه بل هى تحجب بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو وارثها لانها ترث بالولادة وهو بالاخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام أولى به منها لانها أقرب وبخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة من قبله والاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا فحاصله أن الحجب بأحد أمرين اما بمن يدلى به بشرطه على ما ذكرنا أو يكون الحاجب أقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة وبأولادهم وكأولاد الاعمام والاخوة يحجبون بأعلى درجة منهم قال رحمه الله (والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب) وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى أب وأم وثلاثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقى للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام لنا ان آية الكلالة تمنع من ذلك وأن حجب الام بهم لا يوجب لهم ما نقص من نصيبها فيحجبونها من غير أن يحصل لهم شئ قال رحمه الله (لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار) أى لا يحجب المحروم عن الارث بهذه الاشياء وعند ابن مسعود رضى الله عنه يحجب حجب النقصان بنقص نصيب الزوجين والام بالولد المحروم بما ذكرنا لان الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثا أو محروما وكذا نقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فيترك على اطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لأدى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث أو الى تضييعه لان بيت المال أيضا لا يرث مع الابن أو الاخوة وجه قول الجمهور أن المحروم فى حق الارث كالميت لانه محروم لمعنى فى نفسه كالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التى توجب نقصان ارثهم لا نسلم أنها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد أولا وأثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين أولا وهم المتأهلون للارث وكذا يقال فى الاخوة والاخوات لان المذكورين منهم فى الارث هم المتأهلون للارث فكذا المذكورون فى الحجب هم المتأهلون للارث وهذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الارث فألحقته بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فانه أهل فى نفسه الا أن حاجبه غلبه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله فى حق غيره وانما ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الخ ليبين الاسباب المانعة من الارث فان الرق يمنع

(قوله فعصبته عصبة المعتق) عصبة المعتق ترث المعتق أما عصبة عصبة المعتق اذا لم يكن عصبة المعتق لا ترث المعتق بيانه امرأة أعتقت عبدا وماتت وتركت ابنا وزوجا ثم مات المعتق الميراث كله لابن المعتقة ولو مات الابن وترك الاب الذى هو زوج المعتقة ثم مات المعتق لا يرثه الاب وان كان عصبة عصبة المعتق لانه عصبة الابن والابن عصبة المعتقة لكن لما لم يكن الزوج عصبة المعتقة لا يرث اه خلاصة (قوله ولم يجعلهن) كذا بخط الشارح اه (قوله بما ذكرنا) أى من الرق والقتل واختلاف الدين والدار اه

الارث لان الرقيق لا يملك شيأ قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ وقال عليه
الصلاة والسلام لا يملك العبد الا الطلاق ولا فرق فى ذلك بين أن يكون قنا وهو الذى لم ينعقد له
الحرية أصلا وبين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبى حنيفة
رضى الله عنه لان المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقى
عليه درهم على ما جاء فى الخبر فلا يكون أهلا للارث والقتل الذى يمنع الارث هو الذى يتعلق به وجوب
القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان لان
حرمان الارث عقوبة فيتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة والشافعى رحمه الله يعلقه
بمطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا
فشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان
الشارع أوجب عليه قتله أو أجازه قتله فى هذه الصورة فكيف يوجب عليه العقوبة به بعد ذلك ولهذا
لا يتعلق بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل
شئ من الميراث هو القتل بالتعدى دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب
البقرة أى قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبيب واختلاف
الدين أيضا يمنع الارث والمراد به الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم
الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا
يمنع الارث حتى يجرى التوارث بين اليهودى والمجوسى أو النصرانى لان الكفر كله ملة واحدة وقال عليه
الصلاة والسلام الناس كلهم حيز ونحن حيز واختلاف الدار يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى
لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجرى الارث بين المستأمن والذمى فى دارنا ولا فى دار الحرب ويجرى بين
المستأمن وبين من هو فى داره لان المستأمن اذا دخل الينا أو اليهم من أهل داره حكما وان كان فى غيرها
حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب ودارين مختلفين من دار
الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية قال رحمه الله (والكافر
يرث بالنسب والسبب كالمسلم) لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولانه بعقد الذمة
التحق بالمسلم فى المعاملات فيكون حكمه فى ذلك كحكم المسلم قال رحمه الله (ولو حجب أحدهما فبالحاجب)
أى لو اجتمعت فى الكافر قرابتان لو تفرقتا فى شخصين حجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث
بالقرابتين كما اذا تزوج المجوسى أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على أنه
ابن ولا يرث على أنه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين النصف على
أنها بنت والسدس على أنها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من أبيها على أنها بنت ولا ترث على أنها أخت من
أب لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على أنها بنت وترث الباقى
على أنها عصبة لانها أختها من أبيها وهى عصبة مع البنت وان مات أبوها ترث النصف على أنها بنت ولا ترث
على أنها بنت بنت لانها من ذوى الارحام فلا ترث مع وجود ذى سهم أو عصبة وهو قول عامة الصحابة رضى
الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفى رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أنه يرث بأثبت
القرابتين وآكدهما أى بأقواهما وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله والصحيح الاول لان فيه إعمال
السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين ألا ترى أن المسلم يرث
بالجهتين اذا اتفق له ذلك بأن ماتت المرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها فانه يأخذ
بالفرض والعصوبة فكذا الكافر اذ هو لا يخالف المسلم فى سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الاخ من
[illegible]

(قوله ويجرى بين المستأمن وبين من هو فى داره) حتى اذا مات المستأمن فى دار الاسلام عند أخيه الذمى وله فى دار الحرب أخ ورثه أخوه الحربى لا أخوه الذمى اه (قوله اذا دخل الينا أو اليهم) حتى اذا دخل ذمى دار الحرب بأمان فمات عند أخيه الحربى ورثه أخوه الذمى لا أخوه الحربى اه

يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بها بل للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالاخ لاب قال رحمه الله (لا بنكاح محرم) أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما اذا تزوج المجوسي أمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح أما عندهما فظاهر لان النكاح لم يصح وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلانه وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا أسلم فكان كالفاسد قال رحمه الله (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط) لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه واخوته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه واخوته من امه فرضا لا غير ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة الا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك قال رحمه الله (ووقف للحمل حظ ابن) أي اذا ترك الميت امرأته حاملا أو غيرها ممن يرثه ولدها وقف لاجله نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد رحمه الله لان ولادة الاثنين معتاد وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يوقف نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب والاكثر منه موهوم والحكم يغاب ويؤخذ كفيلا من الورثة على قوله لاحتمال أن يكون أكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد وأما اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلو إما أن يكون الورثة كلهم أولادا أو لا فان كانوا كلهم أولادا يترك ما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم أولادا فلا يخلو إما أن يكون فيهم أولاد أو لا فان كان فيهم أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرناه وان لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل وان كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيأ وكذا اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى شيأ للاحتمال وان كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف الباقي قال رحمه الله (ويرث ان خرج أكثره فمات لا أقله) أي الحمل يرث ان خرج أكثره وهو حي ثم مات وان خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى) أي اذا مات جماعة في الغرق أو الاحتراق ولا يدرى أيهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين عن علي رضي الله عنهم وانما كان كذلك لان الارث يبتني على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال ابن مسعود رضي الله عنه يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ووجهه أن حياة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والاصل بقاؤها الى ما بعد موت الآخر ولان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات فكأن كل واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه الا مما ورثه منه للتعذر لان تقديره حيا بعد موته حتى يرث ماله من وارثه محال قلنا اذا استحال في حق البعض استحال في حق الكل اذ سبب الارث متحد لا يقبل التجزي وظاهر حياتهم يصلح للدفع لا للاستحقاق وكذلك الحكم اذا ماتوا بانهدام الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدرى أيهم مات أولا قال رحمه الله (وذو رحم) وهو معطوف على العصبة أي ويقسم ماله بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم قال رحمه الله (وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة) أي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث بفرض ولا بعصوبة وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم وفي

(قوله فرضا لا غير) فلو مات نخص عن بنت وأم وأخ وأم من الزنا أو اللعان فالمال للبنت والام أرباعا فرضا وردا ولا شئ للتوأم لانه أخوه لامه فلا يرث مع البنت شيأ اه (قوله أو غيرها ممن يرثه ولدها) كامه أو امرأة أخيه أو امرأة جده اه (قوله ويؤخذ كفيل) الذي بخط الشارح ويؤخذ كفيلا اه

الحقيقة الوارث لايخرج من أن يكون ذا رحم ويحته ثلاثة أنواع قريب هو ذو سهم وقريب هو عصبة وقريب هو ليس بذى سهم ولا عصبة ومضى الكلام فى الاولين و بقى فى الثالث فنقول عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم غير زيد بن ثابت رضى الله عنه فانه قال لاميراث لذوى الارحام بل يوضع فى بيت المال وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله لما روى عن عطاء ابن يسار أن رجلا من الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبى صلى الله عليه وسلم وهو واقف على حماره فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته فسأله الرجل و يفعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لاشئ لهما وفى بعض رواياته لاأرى ينزل على شئ لاشئ لهما وروى أنه قال لاأجد لهما شيأ واذا لم ينزل عليه لايمكن اثباته بالرأى لان المقادير لايمكن اثباتها بالرأى ولنا ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقداد بن معديكرب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لاوارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه و يرثه رواه أحمد وأبوداود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا أتيا لايعرف من أين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدى هل تعرفون له فيكم نسبا قال لا يارسول الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا لبابة بن المنذر ابن أخته فأعطاه ميراثه وعن أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا الخال فكتب فى ذلك أبوعبيدة الى عمر فكتب عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الله و رسوله مولى من لامولى له والخال وارث من لاوارث له وقال الترمذى حديث حسن وقال الطحاوى هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم حتى روى عن عمر رضى الله عنه فى عم لام وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث وقال عبدالله ابن مسعود رضى الله عنه فيمن ترك عمة وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث وكان المسلمون اذا لم يكن للميت وارث يرثونه جميعا وهو المراد ببيت المال فاذا كان بعضهم اليه أقرب من بعض ورث ماله ولولا خوف الاطالة لأوردنا ماحكى عن السلف من أفراد الواقعات ومارووه منقطع ومن مذهب الخصم أن لايكون حجة فكيف يحتج به على غيره ومثله غير ملزم ثم هو لوثبت لم يكن فيه أيضا عندنا حجة فى دفع مواريث ذوى الارحام لانه يعارض ماتلونا من الآية ويحتمل أن يكون هنالك من هو أولى منهما أوقبل نزول الآية ويحتمل قوله عليه الصلاة والسلام لاشئ لهما أراد به الفرض أى لافرض لهما مقدر ونحن نقول به فان قيل لاحجة لكم فى الآية لانها نزلت ردا للتوارث بالاخاء والموالاة ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لالخصوص السبب وهى عامة فيعمل بعمومها على أن كثيرا من أصحاب الشافعى رضى الله عنه منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف قال رحمه الله (ولايرث مع ذى سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما) أى لايرث ذووا الارحام مع وجود ذى فرض أو عصبة الا اذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لان العصبة أولى منه وكذا الرد على ذوى السهام أولى من ذوى الارحام لانهم أقرب الا الزوجين فانهما لاقرابة لهما مع الميت وارثهما نظير الدين فان صاحب الدين لا يرد عليه مافضل بعد قضاء الدين فكذا لايرد عليهما مافضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة رضى الله عنهم وكان عثمان بن عفان رضى الله عنه يرد على الزوجين أيضا وكان زيد بن ثابت رضى الله عنه لايرى الرد على أحد من ذوى الفروض ومافضل منهم يوضع فى بيت المال عنده وقد عرف فى موضعه قال رحمه الله (وترتيبهم كترتيب العصبات) أى ترتيب ذوى الارحام فى

(قوله وكان غريبا أتيا) قال فى المغرب والاتى والاتاوى الغريب وقال ابن الاثير وفيه أنه سأل عاصم بن عدى عن ثابت بن الدحداح فقال انما هو أتى فينا أى غريب وفى المصباح وأتى الرجل القوم انتسب اليهم وليس منهم فهو أتى على فعيل ومنه قيل للسيل يأتى من موضع بعيد ولا يصيب تلك الارض أتى أيضا اه

الارث كترتيب العصبات يقدم فروع الميت كأولاد البنات وان سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبني الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا أربعة أصناف وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن أولاهم بالميراث الاصول والاول أصح لان الفروع أقرب كما في العصبات قال رحمه الله (والترجيح بقرب الدرجة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات قال رحمه الله (ثم يكون الاصل وارثا اذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف) لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق الارث فكان من يدلي به أقوى وللقوة تأثير في التقديم ألا ترى أن بني الاعيان يقدمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى قال رحمه الله (وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الاب ضعف قرابة الام) أي اذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام كان لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان قرابة الاب أقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام وهذا لا يتصور في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات والاخوال قال رحمه الله (وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان) أي ان اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على أبدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا قال رحمه الله (والا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف) أي ان لم تتفق صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع أي المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل الى أن ينتهي الى الذين هم أحياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند أبي يوسف والحسن بن زياد رحمهما الله يعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان أو الجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف رحمه الله يعتبرها في الفروع ومحمد رحمه الله في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند أبي يوسف رحمه الله وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح والفرق له على هذه الرواية أن الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بينهن وارث ذوي الارحام بالقرابة فيتعدد بتعددها وقول محمد رحمه الله أصح في ذوي الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس) أي الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة وهي نوعان على التنصيف ان بدأت بالاكثر أو على التضعيف ان بدأت بالاقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما أو تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه قال رحمه الله (ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنا عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط) أي مخارج هذه الفروض المذكورة وهي الستة سبعة اثنان الى آخر ما ذكروا وأراد بالاختلاط اختلاط أحد النوعين بالآخر فحاصله أن هذه الفروض لا تخلو إما أن يجيء كل فرض منها منفردا أو مختلطا بغيره فان جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمي له وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة

(قوله في المتن والترجيح بقرب الدرجة) كبنت البنت أولى من بنت بنت الابن اهـ (قوله فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف) كبنت بنت الابن أولى من ابن بنت البنت لانها ولد وارث فانها ولد بنت الابن وهي صاحبة فرض وابن بنت البنت ولد بنت البنت وهي ذات رحم اهـ ضوء (قوله في المتن فالقسمة على الابدان) وهذا بلا خلاف اهـ كافي (قوله حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين اتفاقا اهـ (قوله والصفة من بطن اختلف) وهذه صورته ليس في خط الشارح بل هو حاشية ألحقت اهـ (قوله وقول محمد أصح في ذوي الارحام) قال صاحب الضوء رحمه الله وكان شيخنا الامام نجم الدين يقول ان مشايخ بخاري أخذوا بقول أبي يوسف في مسائل ذوي الارحام والحيض لانه أيسر على المفتي اهـ قوله ذوي الارحام والحيض أي في الطهر المتخلل بين الدمين فان قول محمد فيه مشتمل على تفاصيل متعددة يشق على المفتي والمستفتي ضبطها وقد ذكرت في المبسوط والله أعلم

وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالنوع الآخر فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا للجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن أو الستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه فان اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما واذا أردت معرفة ذلك فانظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أو لا فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر وان لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما في جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف من الاول بكل الثاني أو ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر بلغ ستة وان اختلط بالثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني أو ببعضه فهو من اثنى عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر بلغ اثنى عشر ومنه يخرج الجزآن وان كان المختلط به الثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما في الآخر يبلغ اثنى عشر وان كان المختلط بالثاني هو الثمن فان كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعا وعشرين فمنه يخرج الجزآن فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع أكثر من أربع فروض في مسئلة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على أكثر من أربع طوائف قال رحمه الله (وتعول بزيادة) أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج اذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول بزيادة من أجزاء المخرج فترتفع المسئلة والعول الارتفاع ومنه عال الميزان اذا ارتفع فسمي عولا لارتفاع المسئلة أو لما فيه من الميل عن الفرض المقدر والعول الميل والجور يقال عال الحاكم في حكمه اذا مال وجار ومنه قول الله تبارك وتعالى ذلك أدنى أن لا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا يعول وانما يعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر وأربعة وعشرون والاربعة الاخر لا تعول قال رحمه الله (فستة تعول الى عشرة وترا وشفعا) يريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها الى سبعة زوج وأختان لابوين أو لاب أو زوج وجدة وأخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأخت من أب أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم أو زوج وأم وأختان من أب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الابوين وأم وأخت من أم ومثال عولها الى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم قال رحمه الله (واثنا عشر الى سبعة عشر وترا) أي اثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لابوين وأخت لام أو زوج وبنت ابن وأم أو جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان أو زوجة وأختان لاب وأختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر أربع أخوات لام وثماني اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات قال رحمه الله (وأربعة وعشرون الى سبعة وعشرين) أي أربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين وما فيها الا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى التسعية وهي زوجة وأبوان وبنتان سميت بذلك لان عليا رضي الله تعالى عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا ومر بحلا ومضى في خطبته ولا تعول أكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين فيما اذا ترك امرأة وأختين لام وأما وأختين لاب وابنا كافرا أو رقيقا أو قاتلا له لان من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده

والام

(قوله أو زوج وبنت ابن وأم أو جدة) (١) كذا هو بخط الشارح اه (قوله ومثال عولها الخ) وانظر الى لطف هذا التمثيل لان المسئلة عالت الى سبعة عشر وعدد رؤس الورثة أيضا سبعة عشر اه

---

(١) قول المحشي كذا هو بخط الشارح أي بنت ابن بالافراد يعني ولا عول مع الافراد والصواب بنتا ابن بالتثنية والعول عليها ظاهر اه مصححه

وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك أحد وثلاثون فاذا فرغنا من ذلك جئنا الى التصحيح فلا بد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل فى التصحيح فنقول ان كان أحد العددين مثلا للآخر فهى المماثلة فيكتفى بضرب أحدهما عن الآخر وان لم يكن مثلاله فان كان الاقل جزأ للاكثر فهى المداخلة وان لم يكن جزأ له فان توافقا فى جزء فهى الموافقة بينهما وان لم يتوافقا فى جزء فهى المباينة ولا يخلو عددان اجتمعا من أحد هذه الاحوال الاربعة لانهما إما ان يتساويا أولا فان تساويا فهى المماثلة وان لم يتساويا فلا يخلو إما أن يكون الاقل جزأ للاكثر أولا فان كان جزأ له فهى المداخلة وان لم يكن جزأ له فلا يخلو إما أن يتفقا فى جزء أولا فان اتفقا فيه فهى الموافقة وان لم يتفقا فيه فهى المباينة وطريق معرفة كل واحد منها مذكورة فى المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الرؤس والرؤس وكذا بين الرؤس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كالموافقة اذا كانت الرؤس أكثر وكالمماثلة اذا كانت السهام أكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل فى القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا سمى تصحيحا قال رحمه الله (وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد فى الفريضة ان وافق) أى اذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسئلة كجدة وأخت لام وعشرين أختا لاب أصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت للام وللاخوات لاب أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق رؤسهن بالربع فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة فى أصل المسئلة وهى ستة تبلغ ثلاثين ومنها تصح قال رحمه الله (والا فالعدد فى الفريضة فالمبلغ مخرجه) أى ان لم توافق الرؤس السهام فاضرب عدد الرؤس فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح فى المسئلتين أى فى المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثال المباينة زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلا تنقسم عليهن ولا توافق فاضرب رؤسهن فى الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح قال رحمه الله (وان تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد) أى اذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لاب وأم وثلاث اخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات للام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها فى الفريضة تبلغ أحدا وعشرين فمنها تصح ولو كان بعض الاعداد متماثلة دون البعض ضربت رؤس فريق واحد من المتماثلين فى عدد رؤس الفريق المباين لهم أو فى وفقه ان وافق فما بلغ ضربته فى الفريضة فما بلغ صحت منه المسئلة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا مثلا فى المثال المذكور والمسئلة بحالها ضربت ثلاثة فى خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر فى الفريضة وهى سبعة تبلغ مائة وخمسة فمنها التصحيح ولو ترك تسع اخوات لاب وتسع أخوات لام وخمس عشرة جدة ضربت التسعة فى خمسة فما بلغ فى الفريضة فمنها تصح وعلى هذا لو كان المباين أكثر من طائفة واحدة تضرب ما بلغ من الضرب الاول فيه أو فى وفقه ثم ما بلغ فى الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسئلة مثاله أربع زوجات وخمس أخوات لام وثلاث جدات وثلاث أخوات لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر ولا تنقسم على الكل ولا توافق فعدد الاخوات لاب يماثل الجدات فيستغنى بأحدهما فتضرب ثلاثة فى أربعة

(قوله تبلغ تسعة وأربعين) للاخوات لاب أربعة أسباعها ٢٨ لكل أربعة وللزوج ثلاثة أسباعها ٢١ اهـ (قوله تبلغ أحدا وعشرين) للاخوات لاب أربعة أسباعها ١٢ لكل سهمان وللاخوات لام سبعاها ٦ لكل سهمان وللجدات سبعها ٣ لكل سهم اهـ (قوله تبلغ مائة وخمسة الخ) للاخوات لاب وأم ٦٠ لكل اثنا عشر وللاخوات لام ٣٠ لكل عشرة وللجدات خمسة عشر لكل ٥ اهـ (١) (قوله تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر الخ) للاخوات لاب أربعة أسباعها ١٨٠ لكل ٢٠ وللاخوات لام سبعاه ٩٠ لكل ١٥ وللجدات سبعها ٤٥ لكل ٣ اهـ

(١) قول المحشى قوله تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر ليست هذه الجملة فى شئ من نسخ الشارح التى بأيدينا فحرر اهـ مصححه

تبلغ اثنى عشر ثم فى خمسة تبلغ ستين ثم تضرب الستين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فمنها تصح المسئلة قال رحمه الله (١) (وان توافق فالوفق والا فالعدد فى العدد ثم وثم ثم المبلغ فى الفريضة وعولها) أى اذا توافق بين أعداد الرؤس فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر وان لم توافق فاضرب جميع أحدهما فى جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ فى وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث وان لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضرب به فى الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسئلة ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ من ضرب الرؤس فى الرؤس ان لم يوافقه وان وافقه ففى الوفق ثم ما بلغ فى أصل المسئلة فما بلغ منه تصح فمثال الموافقة أربع زوجات وثمانى عشرة أختا لام واثنتا عشرة جدة وخمس عشرة أختا لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر يبلغ ثلاثين ثم بين الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر يبلغ تسعين ثم بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما فى جميع الآخر يبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة وهى سبعة عشر يبلغ ثلاثة آلاف وستين ومنها تصح ومثال المباينة خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات للام الثلث أربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق الثلاثة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستين والستون لا توافق السبعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح ثم اذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب رؤس كل فريق فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ فاضرب به فى عدد رؤس فريق مخالف لهم ان لم يكن بينهما موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب به فى الوفق فما بلغ فاضرب به فى رؤس الفريق الثالث أو فى وفقه وهكذا تفعل الى أن تنتهى الرؤس فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وان شئت ضربت ما كان لهم من المسئلة فى مبلغ الرؤس فالمبلغ من الضرب نصيبهم واذا أردت أن تعرف نصيب كل واحد من آحاد الفريق ضربت رأس كل واحد منهم فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ ضربته فى عدد رؤس المخالف لهم ان كان بين رؤسهما مباينة وان كان بينهما موافقة فاضرب به فى وفقه فما بلغ فاضرب به فى عدد رؤس الفريق الثالث أو فى وفقه ان كان بينهما موافقة فما بلغ فاضرب به فى الرابع أو فى وفقه كذلك فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت قسمت مبلغ الرؤس على رؤس كل فريق فما أصاب الواحد ضربته فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت عكست بأن تقسم ما كان لكل فريق من أصل المسئلة على عدد رؤسهم فما أصاب الواحد ضربته فى مبلغ الرؤس فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت نسبت سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم فما وجدت نسبته أخذت بمثل تلك النسبة من مبلغ الرؤس فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وله طريق أخرى مذكورة فى المطولات قال رحمه الله (وما فضل يرد على ذوى الفروض بقدر فروضهم الا على الزوجين) أى يرد ما فضل من فرض ذوى الفروض اذا لم يكن ثمة عصبة على ذوى الفروض بقدر سهامهم الا على

(قوله تبلغ ألفا وعشرين الخ) كان للزوجات من أصل المسئلة ٣ تضربها فى ٦٠ يحصل ١٨٠ لكل ٤٠ وكان للاخوات للام من أصل المسئلة ٤ تضربها فى ٦٠ يحصل ٢٤٠ لكل ٤٨ وكان للجدات من أصل المسئلة ٢ تضربها فى ٦٠ يحصل ١٢٠ لكل ٤٠ وكان للاخوات لاب من أصل المسئلة ٨ تضربها فى ٦٠ يحصل ٤٨٠ لكل ١٦٠ والله أعلم (قوله فى المتن وان تداخل فالاكثر) لم يكن فى نسخة الشارح ولم يذكر الشارح له شرحا ولا مثالا فلعله سها عنه اه

(١) قول المتن وان توافق الخ سقط قبل ذلك من نسخ الشرح جملة من المتن نبه على سقوطها المحشى وهى وان تداخل فالاكثر وهى موجودة فى نسخ المتن وشرحها العينى اه مصححه

الزوجين فانهما لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين أيضا لان الفريضة لو دخلها نقص بالعول عالت على الكل فوجب أن يكون ضده من الزيادة للكل ليكون الخراج بالضمان والغنم بالغرم وجه من منع الرد مطلقا أن النص قدر فرض كل واحد من الورثة فلا تجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا يمكن اثباتها بالرأي فامتنع أصلا ولنا قوله تبارك وتعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الارحام لاستوائهم في هذا الاسم الا أن أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الارحام لقوة قرابتهم ألا ترى أنهم يقدمون في الارث فكانوا أحق به ومن حيث السنة ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يارسول الله ان لي مالا ولا يرثني الا ابنتي الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا أن الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره على الخطا لاسيما في موضع الحاجة الى البيان وكذا روي أن امرأة أتت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله اني تصدقت على أمي بجارية فماتت أمي وبقيت الجارية فقال وجب أجرك ورجعت اليك في الميراث فجعل الجارية راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولان أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيترجحون بذلك من المسلمين وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه لم يرد على بنت ابن مع بنت الصلب ولا على أخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اخوة من أم مع الام ولا على جدة الا أن لا يكون وارث غيرها وبه أخذ علقمة لان الفاضل من الفرض مأخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدة السدس كان طعمة فلا يزاد عليه الا أن لا يكون ثمة وارث غيرها فتكون هي أولى من الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض بالبعض ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير أنه أثر في تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل في الفاضل أيضا وادخال النقص على الزوجين بالعول مما وافق الدليل النافي لارثهما لان ارثهما ثبت بالنص على خلاف القياس وأخذ الزيادة مما يخالف النافي لارثهما فلا يمكن اثباته بالقياس لان ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل واحد من الاقارب تخصيص بالذكر وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا يتعرض لها أصلا لا بالنفي ولا بالاثبات فأثبتناه بدليل آخر على ما ذكرناه ولان النصوص المذكورة في تعيين نصيب كل واحد منهم تثبته فرضا والاخذ بطريق الرد ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع ثبوته بدليل آخر كما ثبت ذلك في بعض العصبات حيث يأخذ الفرض بالنص ثم يأخذ الباقي بدليل آخر ولا يعد ذلك زيادة على النص وانما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم نثبته بالرأي بل بالنص على ما بينا ثم مسائل الباب أربعة أقسام إما أن يكونوا جنسا واحدا أو أكثر عند عدم من لا يرد عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الاربعة على ما يجيء في اثناء البحث والله أعلم قال رحمه الله (فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من رؤسهم كبنتين أو أختين) لانهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنين أو أخوين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد بالاختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لاب أو لام أو لابوين قال رحمه الله (والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث) أي ان لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بأن كان جنسين أو ثلاثة تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان كجدة وأخت لام ومن ثلاثة اذا اجتمع ثلث وسدس كأخوين لام وجدة أو أم وأخ لام أو أم وأخوين لام ومن أربعة اذا اجتمع نصف وسدس كبنت وبنات ابن أو أخت لابوين وأخوات

لاب أوأخت لاب وأخ لام أوجدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث ومن خمسة اذا اجتمع ثلثان وسدس كام أوجدة مع من يستحق الثلثين من الاناث أو أختين لاب وأخ لام أونصف وسدسان كبنت وبنت ابن وأم أوجدة وأخت لام وأخت لاب أوثلاث أخوات متفرقات أوأم وأخت لام وأخت لاب أونصف وثلث كام وأخت لاب أوأخوين لام وأخت لابوين أولاب ولا يتصور أن يجتمع في باب الرد أكثر من ثلاث طوائف فاذا جعلت المسئلة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنسا واحدا والاخر أكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم من لا يرد عليه وبقي النوعان الاخران وهما اذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله (ولو مع الاول من لا يرد عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات) أي لو كان مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على رؤس من يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارج الربع وهو أربعة فاذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات والله أعلم قال رحمه الله (وان لم يستقم فان وافق رؤسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه والا فاضرب كل رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات) أي وان لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤس من يرد عليه ينظر فان كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤسهم موافقة فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد رؤسهن الى ثلثه اثنين ثم اضربه في أربعة وان لم يوافق الباقي رؤسهم كزوج وخمس بنات فانه لاموافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهن وهو الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فتصح في الاول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الاول سهمين يبقى ستة فلكل واحد من البنات سهم ويأخذ في الثاني خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم قال رحمه الله (ولو مع الثاني من لا يرد عليه) المراد بالثاني أن تكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه (فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه) وهو سهامهم على ما بينا (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لام) للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة قال رحمه الله (وان لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات) أي وان لم ينقسم الباقي من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أي على مسئلتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فروض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحد للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه والله أعلم قال رحمه الله (ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه) وهذا البيان طريق معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ فاذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضرب به فاضرب سهما في خمسة فهو نصيبهن واذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ماذكر لان

الخمسة لما ضربت فى الثمانية وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية فى الخمسة وسهم الزوجات واحد من الثمانية والباقى لمن يرد عليه وهو سبعة فيضرب فى الخمسة تبلغ خمسا وثلاثين فصارت السبعة مضروبة فى خمسة بالنسبة الى أصل مسئلة من يرد عليه لان كل من له شئ من الثمانية مضروب فى خمسة وكذا الخمسة مضروبة فى نصيب كل واحد من الثمانية لان كل عدد ضرب فى عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيه ولهذا غير العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه لا لتغير العمل فاذا عرف فروض الفريقين بما ذكر يحتاج الى معرفة التصحيح ولهذا بينه قال رحمه الله (وان انكسر فصحح كما مر) أى اذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسئلة بالطريق المذكورة فى التصحيح لان السهام اذا لم تقسم على أربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر فى هذا الباب من الضرب لم يكن الا لتخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه ومن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكر فى مخارج السهام لا لتصحيح المسئلة عليهم وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذى ذكره المصنف رحمه الله وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لام تصح من ثمانية وأربعين والمثال الثانى وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين قال رحمه الله (وان مات البعض قبل القسمة) أى اذا مات بعض الورثة قبل قسمة التركة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت الشمس الظل اذا أزالته ومنه نسخت الكتاب واستعماله فيما اذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيه من نقل العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية قال رحمه الله (فصحح مسئلة الميت الاول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثانى وانظر بين ما فى يده من التصحيح الاول) وهو نصيبه من الميت الاول (وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال) أى التوافق والتباين والاستقامة (فان استقام ما فى يده من التصحيح الاول على التصحيح الثانى فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسئلة الميت الاول) أى صحت الفريضتان فريضة الميت الاول والثانى مما صحت منه الاولى (وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة) أى بين ما فى يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثانى (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة) أى بين ما فى يده وفريضته وهو التصحيح الثانى (فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين) أى ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الاول وفريضة الميت الثانى وانما كان النظر بين ما فى يد الميت الثانى وهو نصيبه من التصحيح الاول وبين فريضته فى ثلاثة أحوال من الاستقامة والموافقة والمباينة لان ما فى يده وهو نصيبه من الفريضة الاولى مقسوم على فريضته فصارت فريضته نظير الرؤس المقسوم عليهم ونصيبه من الاول نظير نصيبه من أصل المسئلة فكما ينظر بين السهام والرؤس فى الاحوال الثلاثة فى تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما فى يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسئلة على رؤسهم وان لم ينقسم فان وافق يضرب وفق فريضته وان لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية فى الفريضة الاولى كما فى الرؤس كذلك فاذا عرف ذلك يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الاول والثانى بالطريق المذكور فى التصحيح وقد بينه فى المختصر قال رحمه الله (واضرب سهام ورثة الميت الاول فى التصحيح الثانى أو فى وفقه وسهام ورثة الميت الثانى فى نصيب الميت الثانى أو فى وفقه) أى فى نصيبه من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها ونصيبه من الثانى فيما فى يد الميت الثانى أو فى وفقه وانما ضرب سهام كل وارث من الميت الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها لان الثانية أو وفقها مضروب فى الاولى فنصيب كل واحد يكون مضروبا ومضروبا فيه فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغى أن يضرب نصيب الميت الثانى وهو الذى فى يده فى الثانية أو فى وفقها

(قوله وقد بينه فى المختصر) كتب الشيخ الشلبى رحمه الله بعد هذا ملحق ما نصه قال رحمه الله وان لم يستقم فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين هذا الملحق ثابت فى نسخة شيخنا وقد كتب مقابله على الهامش ما نصه لم أجد هذين السطرين فى كثير من نسخ الشرح والمتن الموجود فيها قال واضرب سهام ورثة الميت الاول الى آخر المقالة اه وكتب على متن الملحق ما نصه وقد تقدم شرح هذا فى المقالة قبله آنفا فاستغنى عن اعادته هنا اه

لانه من جملة ورثة الميت الاول الا أن نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته فكان مقسوما بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد أن سهام من لا يرد عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقى من فرض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثانى مقام الاولى والثالث مقام الثانية فى العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذى قبله مقام الاولى الى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثانى وخلف ورثة غير من كان معه فى ميراث الميت الاول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة وان كانوا هم بعينهم ولم يخلف غيرهم من الورثة وجهة ارثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع من مات قبل القسمة وصححت فريضة الميت الاخير فكأنه لم يمت الا هو ولم يكن وارثا غير ورثته وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما اذا مات شخص وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة ثم خلف هؤلاء الذين كانوا معه فى الميراث الاول ولم يخلف غيرهم قسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولا يحتاج الى تصحيح فريضة الميت الاول وكذا كل من مات منهم واحد ولم يخلف غيرهم من الورثة يقسم على رؤسهم لا غير ۞ ثم اعلم أن هذا الباب يحتاج فيه الطالب الى التأمل وكثرة التصوير وضبط الحاصل لكل ميت فانه قد يكون ما يحصل له من بعض الموتى مستقيما على مسئلته ومن بعضهم غير مستقيم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع وينبغى أن ينظر ذلك عند انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة بجزء كالنصف والربع وغير ذلك فان وجدت بينهما موافقة بجزء رددت التصحيح الى جزء الوفق وكذلك الحاصل لكل وارث طلبا للاختصار فان وافق بالنصف مثلا رددت المسئلة الى نصفها ورددت نصيب كل وارث الى نصفه فتعطيه له ومثل هذا لا يتفق الا فى المناسخة ثم الفرضيون رحمهم الله كثروا الامثلة فى المناسخات ونحن نذكر بعض الامثلة ليكون للطالب دربة ويسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات فنقول اذا ماتت امرأة وتركت زوجا وبنتا وأما فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدة عن زوج وأخوين فالمسئلة الاولى وهى مسئلة المرأة ردية تصح من ستة عشر فللزوج أربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة والمسئلة الثانية وهى مسئلة الزوج تصح من أربعة فيستقيم ما فى يده عليها فلا حاجة الى الضرب والمسئلة الثالثة مسئلة البنت تصح من ستة ونصيبها من الاولى تسعة لا تنقسم على مسئلتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسئلتها وهو اثنان فى ستة عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان فمن كان له من ستة عشر شئ فمضروب فى اثنين ومن كان له من ستة شئ فمضروب فى وفق ما فى يدها وهو ثلاثة والمسئلة الرابعة مسئلة الجدة تصح من أربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين اجتمع لها من بنتها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة وتسعة لا تنقسم على أربعة ولا توافق فاضرب أربعة فى اثنين وثلاثين تبلغ مائة وثمانية وعشرين فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له شئ من اثنين وثلاثين مضروب فى أربعة ومن كان له شئ من أربعة فمضروب فيما فى يدها وهو تسعة ولو ترك زوجة وابنا وبنتا وأما ثم مات الابن قبل القسمة وخلف ابنتين وزوجة وجدا وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتى ابن ابن وهما البنتان فى الثانية وزوجا وهو الجد فى الثانية وأخا لاب فالمسئلة الاولى تصح من اثنين وسبعين للام اثنا عشر وللزوجة تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن أربعة وثلاثون والمسئلة الثانية وهى مسئلة الابن تصح من سبعة وعشرين للبنتين ستة عشر وللزوجة ثلاثة ولكل واحد من الجد والجدة أربعة وفى يده أربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة الثانى وهى سبعة وعشرون فى الاولى وهى اثنان وسبعون

(قوله فمضروب فى وفق ما فى يدها وهو ثلاثة) فلام الميت الاول من ١٦ ثلاثة تضرب بها فى ٢ يبلغ ستة فهى لها ولامرأة الميت الثانى سهم تضرب به فى ٢ يكون سهمين فهما لها ولاب الميت الثانى سهمان تضرب بهما فى ٢ تبلغ أربعة فهى له ولام الميت الثانى سهم تضرب به فى ٢ يكون سهمين فهما لها ولكل واحد من ابنى الميت الثالث من الستة سهمان تضرب بهما فى ٣ تبلغ ٦ فهى له ولبنت الميت الثالث سهم تضرب به فى ٣ يكون ٣ فهى لها ولجدة الميت الثالث وهى أم الميت الاول سهم تضرب به فى ٣ يكون ٣ فهى لها وقد كان لها ٦ فاجتمع لها تسعة فيصير لامرأة الميت الثانى سهمان ولاب الميت الثانى ٤ ولام الميت الثانى سهمان ولكل واحد من ابنى الميت الثالث ٦ ولبنت الميت الثالث ٣ ولجدة الميت الثالث ٩ والله أعلم اه

(قوله فمضروب فيما فى يدها وهو تسعة) فلامرأة الميت الثانى من الاثنين والثلاثين سهمان تضرب بهما فى الاربعة تبلغ ٨ فهى لها ولابى الميت الثانى ٤ تضرب بها فى الاربعة تبلغ ١٦ فهى له ولام الميت الثانى سهمان تضرب بهما فى الاربعة تبلغ ٨ فهى لها ولكل واحد من ابنى الميت الثالث ستة تضرب بها فى ٤ تبلغ ٢٤ فهى له ولبنت الميت الثالث ثلاثة تضرب بها فى الاربعة تبلغ ١٢ فهى لها ولزوج الميت الرابع من الاربعة سهمان تضرب بهما فى التسعة تبلغ ١٨ فهى له ولكل واحد من أخوى الميت الرابع سهم تضرب به فى التسعة يكون ٩ فهى له اه

وسبعون

وسبعون تبلغ ألفا وتسعمائة وأربعة وأربعين فللبنت سبعة عشر من الاولى مضروبة في جميع الثانية
وهي سبعة وعشرون تبلغ أربعمائة وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنا عشر مضروبة في سبعة
وعشرين تبلغ ثلثمائة وأربعة وعشرين ولزوجة الاول تسعة مضروبة في سبعة وعشرين تبلغ
مائتين وثلاثا وأربعين وللبنتين في الثانية ستة عشر مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو أربعة وثلاثون
تبلغ خمسمائة وأربعة وأربعين وللزوجة ثلاثة مضروبة في أربعة وثلاثين وهو ما في يد الميت الثاني
تبلغ مائة واثنين ولكل واحد من الجد والجدة أربعة مضروبة في أربعة وثلاثين تبلغ مائة وستة وثلاثين
والمسئلة الثالثة وهي مسئلة الجدة تصح من اثني عشر وفي يدها مائة وستة وثلاثون وهي لا تنقسم على
فريضتها وتوافقه بالربع فاضرب ربع فريضتها وهو ثلاثة في الاولى وهو ألف وتسعمائة وأربعة
وأربعون تبلغ خمسة آلاف وثمانمائة واثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان ثم من له شئ من الاولى يضرب
في وفق الثانية وهي ثلاثة ومن له شئ من الثانية يضرب في وفق ما في يدها وهو أربعة وثلاثون لبنت
الاول من الاولى أربعمائة وتسعة وخمسون مضروبة في ثلاثة تبلغ ألفا وثلثمائة وسبعا وسبعين ولام
الاول من الاولى ثلثمائة وأربعة وعشرون مضروبة في ثلاثة تبلغ تسعمائة واثنين وسبعين ولزوجة
الاول من الاولى مائتان وثلاثة وأربعون في ثلاثة تبلغ سبعمائة وتسعة وعشرين ولبنتي الثاني من
الاولى خمسمائة وأربعة وأربعون مضروبة في ثلاثة تبلغ ألفا وستمائة واثنين وثلاثين لكل واحدة
ثمانمائة وستة عشر ولزوجة الثاني من الاولى مائة واثنان مضروبة في ثلاثة تبلغ ثلثمائة وستة وللجد
من الاولى مائة وستة وثلاثون مضروبة في ثلاثة تبلغ أربعمائة وثمانية ولبنتي ابن ابن الجدة من
فريضة الجدة وهي الاخيرة ثمانية مضروبة في وفق ما في يد الجدة وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائتين واثنين
وسبعين ولزوج الجدة من فريضتها ثلاثة مضروبة في وفق ما في يدها وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائة
واثنين وهو الذي كان في الثانية جدا ولاخي الجدة سهم من فريضتها مضروب في وفق ما في يدها تبلغ
أربعة وثلاثين والله أعلم قال رحمه الله (ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل
المسئلة فيما ضربته في أصل المسئلة) أي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق
من أصل المسئلة في مبلغ الرؤس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه
من قبل في موضعه قال رحمه الله (وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم
مفردا ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) أي يعرف نصيب كل فرد من أفراد الفريق بأن
تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسئلة الى عدد رؤس ذلك الفريق فما وجد نسبته أعطى لكل
واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله
مفردا أن ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة وهذه المسئلة والتي قبلها موضعهما
باب التصحيح وقد ذكرناهما هنالك وطرفا آخر فلا نعيدها قال رحمه الله (وان أردت قسمة التركة
بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) وكذا
الدين بأن تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة
والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من
الورثة ودين كل غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج
من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدائن لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين
بمنزلة التصحيح وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان
نسبة الاول الى الثاني كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن
استخراج المجهول من المعلوم وفيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من

التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام الى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة الى جميع التركة والثالث مجهول والباقي معلوم فاذا ضربت الطرف في الطرف كان كضرب الثاني في الثالث فكذلك اذا قسمت المبلغ على الثاني يخرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد في عدد اذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة في خمسة اذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة واذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة هي الاصل في معرفة نصيب كل واحد من آحاد الفريق فانه اجتمع هنالك أيضا أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة وعدد الفريق والحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤس فنسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة الى عددهم كنسبة الحاصل من التصحيح لكل واحد الى مبلغ الرؤس وهو المضروب في أصل المسئلة والثالث مجهول والباقي معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطريق المذكورة في التصحيح وكذا العمل في قضاء الدين اذا كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فبطلت الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بينا قال رحمه الله (ومن صالح من الورثة على شئ فاجعله كأن لم يكن واقسم مابقي على سهام من بقي) لان المصالح لما ترك شيأ أعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فيبقى الباقي مقسوما على سهامهم وقوله فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كان لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أن المرأة اذا ماتت وخلفت زوجا وأما وعما فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الام والعم أثلاثا للام سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج كان لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقي بعد الفرض ولكن تأخذ هي ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله فبقي السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لاب وأم وخرجت من البين كان الباقي بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لاب وسهم للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان أصلها من ستة وتعول الى ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة وبقي سهم للعصبة ۞ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما أبدا الى يوم الدين ورضي الله تعالى عن أصحاب رسول الله أجمعين وعن التابعين وتابع التابعين لهم باحسان الى يوم الدين

(قوله وبقي سهم للعصبة) كذا هو بخط الشارح وفيه نظر وكتب مانصه صح وتعول بسهم الى سبعة كذا أصلح شيخنا قاضي القضاة الغزي رحمه الله في نسخته بدل قوله وبقي سهم للعصبة اهـ والله أعلم والحمد لله على التمام والكمال والشكر له على جميع الاحوال والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه المكرمين ۞ وبعد فهذا آخر ما حرره الشيخ الامام العالم العلامة شيخ الشيوخ أحمد بن يونس الشهير بالشلبي على طراز نسخته من شرح الكنز للامام الهمام الشيخ عثمان الشهير بالزيلعي فجردتها وأثبتها في هذه الاوراق روما لنفعها وتعميما لفائدتها على المستفيدين قاصدا بذلك وجهه الكريم وذخرا ليوم لا ينفع مال ولا بنون الا من أتى الله بقلب سليم وحاولت نقل ما أفاده ولو تكررت الكتابة مشيرا لذلك بكتب مانصه والحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه الخيرة وسلم تسليما كثيرا الى يوم يبعثون

۞ يقول خادم تصحيح العلوم بدار الطبع الزاهرة ببولاق مصر القاهرة الفقير الى الله محمد الحسيني أعانه الله على أداء واجبه الكفائي والعيني ۞

سبحانك يا من فقهت في دينك المتين من اصطفيتهم من عبادك المخلصين حملتهم كتابك المبين وحفظتهم سنة نبيك سيد المرسلين فاستنبطوا منهما الاحكام وبينوا لعبادك الحلال والحرام (نحمدك) ونشكرك ونثني عليك الخير كله ولا نكفرك ونصلي ونسلم على نبيك الاكرم ورسولك السيد السند الاعظم سيدنا محمد الذي أنزلت عليه كتابك المجيد ورفعته لديك الى المقام الحميد فهدى أمته بالشريعة الغراء والقول السديد وعلى آله وصحبه ومحبيه وحزبه (أما بعد) فلما كان محل الفقه من العلوم محل الروح من الجسد والنور من العين والقوة من الاسد اذ به تعرف أركان الاسلام والمعاملة بين الخلائق وفصل الاحكام اهتم به العلماء الراسخون فدونوه وضبطوا أصوله وفروعه وبينوه وممن أجرى طرفه في هذا المجال لحاز قصب السبق في هذا الشان بين الابطال الراجي المجيد

والفاضل

والناضل الصنديد فقيه زمانه وعلامة آنه مولانا وسيدنا الشيخ عثمان الزيلعي رضي الله عنه وأرضاه ومن الرحيق المختوم سقاه فأرواه فانه رحمه الله ألف شرحه الشارح للصدور المزيل بهي رلاله غلة الصدور البحر الزاخر عدة الاوائل والاواخر يغترف منه الواردون فيملؤن أسقيتهم ويصدر عنه الناهلون وقد أفعموا أرويتهم المسمى ﴿تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق﴾ فتح به أبواب الكنز لطلاب نفائسه ونصب به المنصة لجلاء عرائسه ولما كان هذا الشرح بالجليل بغية الطالبين وعمدة المحصلين انتهض لطبعه رغبة في عموم نفعه بدار الطبع البهية ببولاق مصر المعزية الجناب الامجد والملاذ الاسعد السيد عمر الخشاب التاجر في الكتب بالسكة الجديدة وبجوار الجامع الازهر بمصر حفظه الله فتم طبعه بحمد الله على أبهج مثال وأجمل حال ﴿ في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد الطلعة الميمونة الداورية من بلغت به رعيته غاية الأماني أفندينا المعظم ﴿عباس باشا حلمي الثاني﴾ أدام الله أيامه ووالى على رعيته إنعامه ملحوظا هذا الطبع الجميل على هذا الشكل الجليل بنظر من عليه أخلاقه تثني حضرة وكيل المطبعة الاميرية محمد بك حسني في أواخر شهر ذي القعدة سنة خمس عشرة بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله على أكمل وصف صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه وشرف وكرم

فهرست الجزء السادس من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

تمت